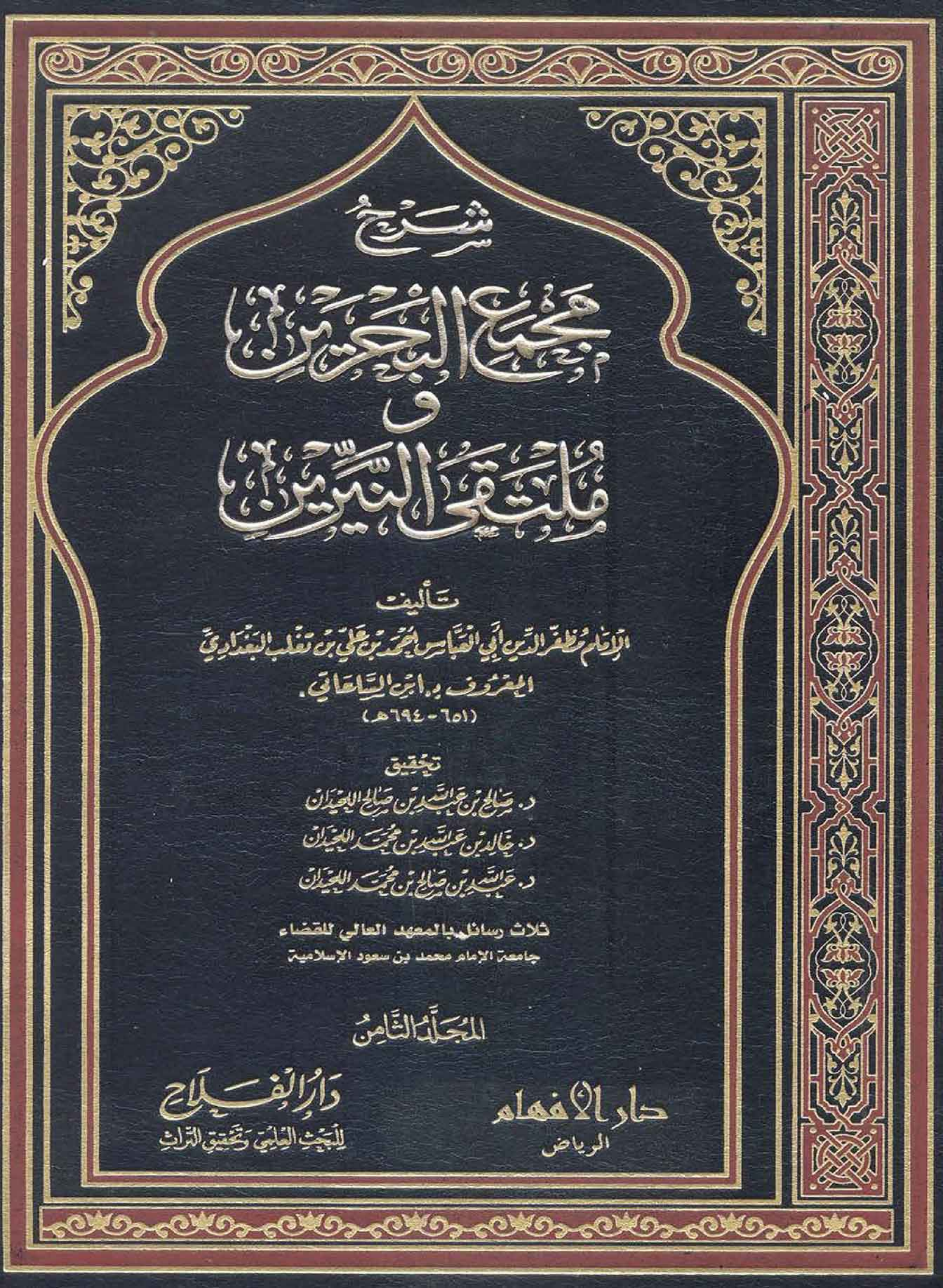


شرح
مجمع البحرين
و
ملتقى النيرين
تأليف
الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ: ابن الساعاتي
(٦٥١-٦٩٤هـ)
تحقيق
د. صالح بن عبدالله بن صالح اللحيدان
د. خالد بن عبدالله بن محمد اللحيدان
د. عبدالله بن صالح بن محمد اللحيدان
ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلد الثامن
دار الأفهام
الرياض
دار الفلاح
للبحث العلمي وتحقيق التراث



٨

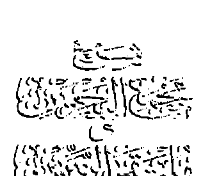


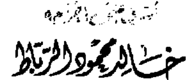

بسم الله الرحمن الرحيم



الطبعة الأولى
١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

رقم الإيداع بدار الكتب
2015/25661








تطلب منشوراتنا من:

- دار العلم - بلبيس - الشرقية - مصر
- دار الأفهام -- الرياض
- دار كنوز إشبيليا -- الرياض
- مكتبة ومطبعة ابن القيم الإسلامية
- دار ابن حزم - بيروت
- دار المحسن - الجزائر
- دار الإرشاد -- استانبول
- دار الفلاح بالفيوم

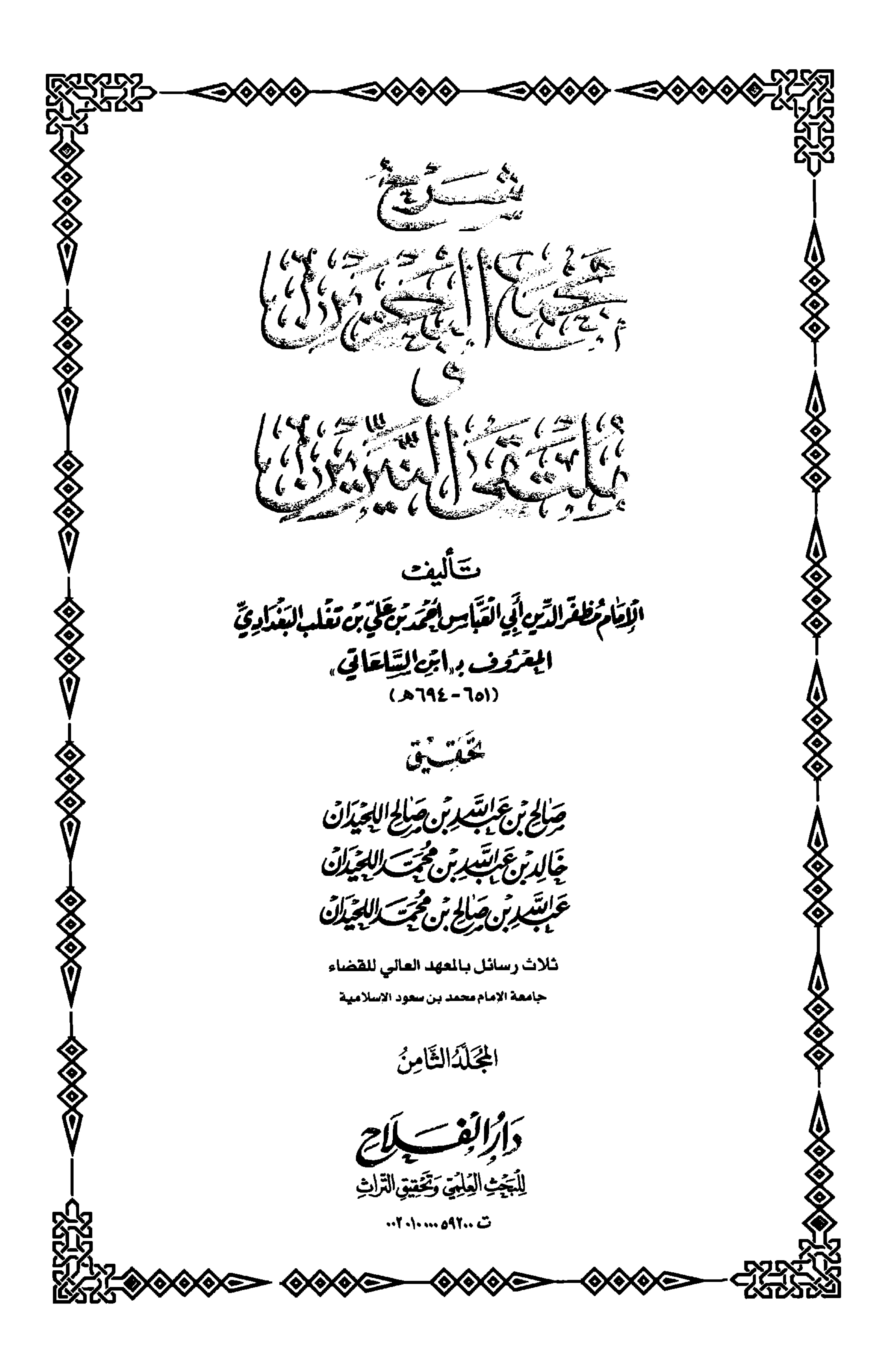


للبحث العلمي وتحقيق التراث
١٨ شارع أحمد حسن - حي الجامعة - الفيوم
ت ٠٥٩٢٠٠ - ٠١٠٠٠٠٠
Kh_rbat@hotmail.com
واتس 01123519722 002









شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين

تأليف

الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي

المعروف بـ«ابن الساعاتي»

(٦٥١-٦٩٤هـ)

تحقيق

صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان

خالد بن عبد الله بن محمد اللحيدان

عبد الله بن صالح بن محمد اللحيدان

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

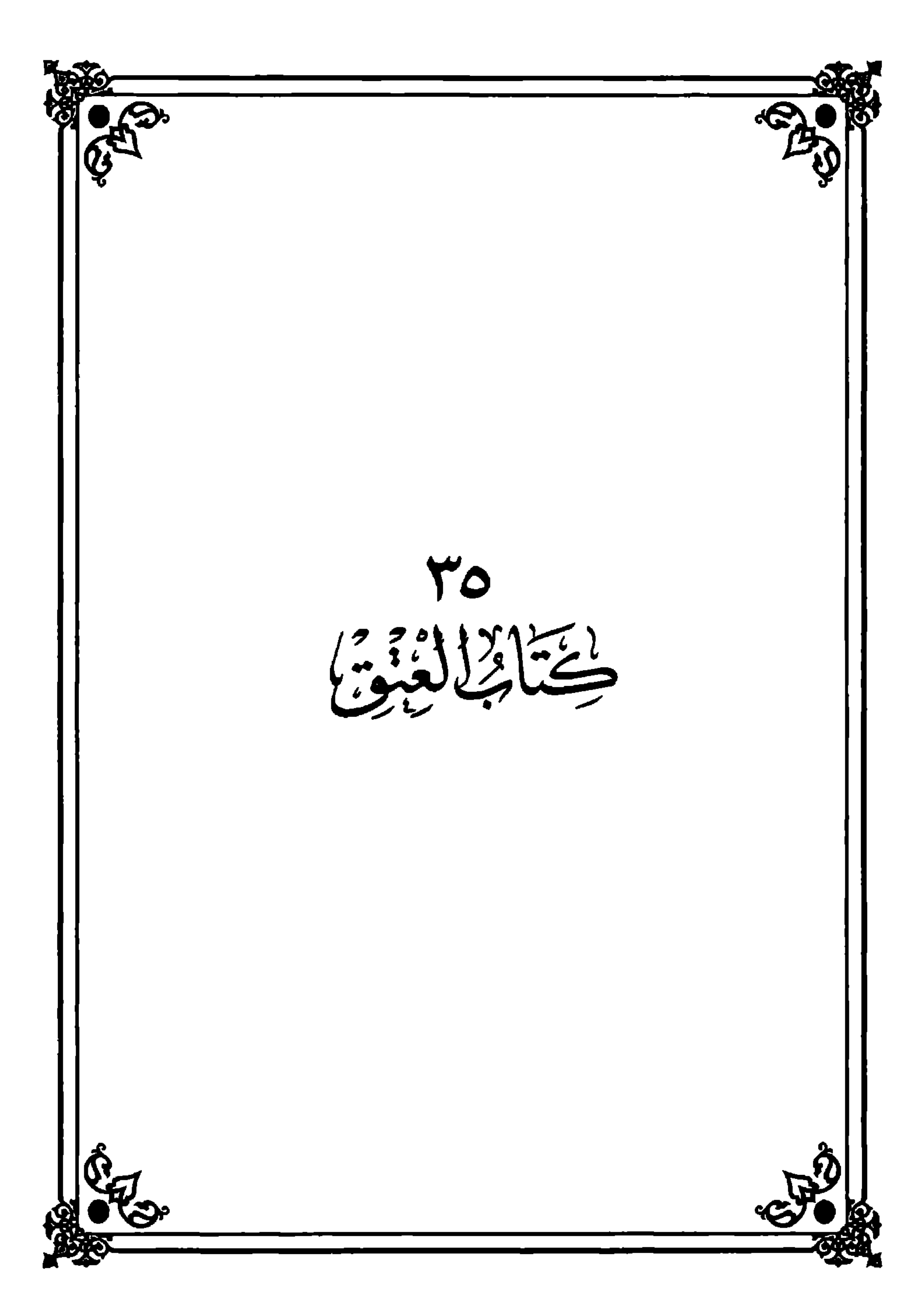
المجلد الثامن

دار الفلاح

للبحث العلمي وتحقيق التراث

ت ٠٠٢٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠


بسم الله الرحمن الرحيم



٣٥

كِتَابُ العِتْقِ

كتابُ العِتْق[١]

وهٰذِه مقدمةٌ تتوقف معرفةُ مسائل العتق علىٰ معرفتها، وهي الإحاطةُ بتفسير ملكِ الرقبةِ وملك اليدِ والعتقِ والإعتاقِ والرقِّ.

أمَّا ملك الرقبة فعبارةٌ عن ثبوت معنىٰ في المحلِّ يوجب ٱختصاص ذلك المحل لمن يثبت له ذلك المحل لمعنىٰ فيه.

وأمَّا ملك اليدِ فهو عبارةٌ عن القدرةِ على التصرفات الشرعية (علىٰ وجهٍ لا)[٢] يلحقه بها تبعةٌ، ولا غرامةٌ كما في مال الصبيِّ، فإنَّ ملكَ الرقبةِ فيه للصبيِّ، وملك اليدِ فيه لأبيه.

وأمَّا (العتق: فعبارة عن قوةٍ)[٢] شرعيةٍ (تثبت في المحلِّ فتجعله قادرًا على التصرفاتِ الشرعيةِ)[٣] وأهلًا لثبوت ولايةِ القضاءِ والشهادةِ والسلطنةِ والتزويج والحجِ وغيرها. يقال: عتق الطائرُ: إذا قوي وطار عن وكرِه ./٧١/ وعتاق الطير: أقوياؤها. وفرسٌ عتيقٌ: قوي.

وأمَّا الرق فنقيضُ العتقِ، عبارةٌ عن ضعفٍ شرعيٍّ يثبت في المحلِّ فيعجزه عن التصرفات الشرعيةِ وسَلَبَه أهليةَ ثبوتِ القضاءِ والشهادةِ والسلطنةِ والتزويجِ وغيرِ ذلك، يُقال: ثوبٌ رقيقٌ أي: ضعيفٌ. ورقَّ قلبي لفلانٍ: ضَعُفَ إشفاقًا[٤] عليه[٥].

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الطلاق تخليص شخص من ذل رق ملك المتعة، والإعتاق تخليص شخص من ذل ملك الرقبة. «المستجمع شرح المجمع»

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (اشتياقًا).

(٥) «الكتاب» ٣/ ١١١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٠، و«فتح القدير» ٤/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٣٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٦.

وأمَّا الإعتاقُ: فهو إثباتُ العتقِ عند أبي يوسف[١] ومحمدٍ[١] رحمهما الله؛ لأنَّ وزانَ الأفعالِ لإثباتِ أثر الثلاثي، وعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[١] هو إثباتُ الفعلِ المفضي إلىٰ حصولِ العتقِ، فإنَّ الثابتَ في العبد حقَّان: الملك، والرق. والملك حقُّ المولىٰ؛ لأنه هو المنتفعُ به، والرقُّ حقُّ اللهِ تعالىٰ؛ لأنَّه أثرُ الكفر، فإن الكفار لمَّا ٱستنكفوا عن عبادة الله تعالىٰ ضرب عليهم الرقَّ المغيأ إلىٰ غاية زوال الملكِ بالكليةِ، وجعلهم عبيدَ عبيده، جزاءً علىٰ تمردهم واستنكافِهم عن عبادتهِ. والمولىٰ يقدرُ علىٰ إزالة ما هو خالصُ حقِّه قصدًا، وهو الملك دون ما هو حقُّ اللهِ تعالىٰ وهو الرقُّ، فليزم ألَّا يكون الإعتاقُ إزالةَ الرقِّ، بل الإعتاقُ إزالةُ الملكِ الذي يكون زواله لا إلىٰ أحدٍ غاية الرقِّ، فيكون فعلُ المولىٰ مفضيًا إلىٰ ثبوتِ العتقِ، فسمي فعلُه إعتاقًا؛ لأنَّ وزان الأفعالِ كما تكون لإثباتِ أثر الثلاثي تكون للفعل المفضي إلىٰ إثباته، فكما يقال لمن أحرقَ ماله: أتلفه. فكذا يقال لمن بنىٰ علىٰ ذمتِه أو في معرضِ سبيل: أتلفَ ماله. أي: فعل فيه ما يُفضي إلىٰ تلفهِ. فينبني علىٰ هٰذا الحرفِ مسألة تجزي الإعتاقِ وعدمه، فإذا أعتقَ نصفَ عبده فقد أثبت العتقَ عندهما[٢] في نصفهِ، وإثباتُه في نصفِه إثباتٌ له في كلِّه؛ لاستحالة تجزيء العتقِ وعنده[٢] إذا أعتقَ نصفهَ فقد أزال ملكَهُ لا إلىٰ أحد عن نصفِه، ولا يستلزم ذلك زوالَه عن النصفِ الآخر، فإنه قابلٌ للتجزيء كما في الهبة أو البيع من آخر، ولكن يثبتُ للعبد ٱستحقاقُ الحريةِ بزوال الملكِ

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٠، و«فتح القدير» ٤/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٣٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٦.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٤-١١٥، «الهداية» ٢/ ٣٣٧، «الاختيار» ٤/ ٤٧

في نصفه لا إلىٰ أحدٍ حيثُ أشرف علىٰ غاية الرقِّ فيه، وهو زوالُ الملك بالكلية بزوالِ الملكِ عن النصف الآخر باستيفائِه بدله (بالاستسعاء)[١] زالَ الرقُّ وثبتَ بعضُه، وهو العتقُ دفعةً واحدةً.

قال: (يصحُّ في ملكٍ أو مضاف إليه من قادرٍ على التبرعاتِ).

أمَّا الملكُ فلا يصحُّ عتقُ العبدِ وهو في ملكِ غيره، وقال ﷺ: « **لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم** »[٢]، وأمَّا الإضافة إلى الملكِ فقد مرَّ الكلامُ فيها في (باب)[٣] الطلاقِ، وهي من الزوائد هٰهنا.

وأمَّا صحته ممن يقدر على التبرعات فلأنَّ العتقَ تبرعٌ فلا يصحُّ صدورُه ممن لا يقدر عليه، فلا يصحُّ إلَّا من الحر؛ لأنه لا يصحُّ إلَّا في الملكِ ولا ملك للملوكِ، فلا يصحُّ إلَّا من بالغ؛ لأن الصبيَّ ليس بأهلٍ للعتقِ؛ لكونه ضررًا في حقه ظاهرًا. ألا ترىٰ أنَّ الوليَّ لا يملكه عليه ولا يصحُّ إلَّا من عاقلٍ؛ لأنَّ المجنونَ ليس من أهلِ التصرفِ، ولهٰذا لو قال البالغ: أعتقت وأنا صبيٌّ، أو قال المفيق[٤]: أعتقت وأنا مجنون. وكان جنونُه ظاهرًا، فإنَّ القولَ قولهُما؛ لأنهما أسندا العتقَ إلىٰ حالةٍ منافيةٍ لصحته، وكذا لو قال الصبيُّ: كلُّ مملوكٍ أملكُه حرٌّ إذا بلغتُ. لا ينعقد؛ لأنَّه ليس بأهلٍ للأقوالِ الملزمةِ[٥].

---

(١) في (ب)، و(ج): (بالاستيفاء).

(٢) رواه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وقال: حسن صحيح.اهـ من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب) و(ج): (المعتق).

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٣١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤١، و«درر الحكام» ٢/ ٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٣٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٦.

قال: (بصريحه كأَنْتَ حرٌّ، أو معتقٌ، أو يا عتيقٌ، أو يا حرٌّ إلَّا أن يكون علمًا).

ألفاظُ العتقِ علىٰ ثلاثةِ أقسام: صريحٌ، وكنايةٌ، وما هو ملحقٌ بالصريحِ. أمَّا الأول فالصريحُ يقع به العتقُ من غير نيةٍ، كقوله: أنت حرٌّ، أو أنت معتقٌ، أو محررٌ، أو قد حررتُكَ، أو عتيقٌ، أو قد أعتقتُكَ؛ لأنها ألفاظٌ مستعملةٌ في العتقِ شرعًا وعرفًا، فأغنىٰ ذلك عن النيةِ، ووضعها وإن كان إخبارًا، إلَّا أنَّ الشرعَ جعلها إنشاءً للحاجة، كما في البيع والطلاقِ وغيرهما. ولو قال: نويتُ الإخبارَ الباطلَ أو الكذبَ الخلوصَ في الحرِّ أو العدمَ في العتيقِ صدق ديانةً لموضع الاْحتمال، ولم يصدق في القضاء لمخالفةِ الظاهرِ، ولو قال: أنت حرٌّ من هٰذا العملِ، أو أنت حرٌّ اليوم، عُتق في القضاء؛ لأنَّ من ثبت له وصفُ الحرية في شيءٍ خاصٍّ أو في وقتٍ خاصٍ ثبت مطلقًا؛ لعدمِ تجزئه.

وقوله: (يا حرُّ، أو يا عتيق) نداءٌ بما هو صريحٌ فيه فثبت؛ لأنَّ النداءَ لاستحضارِ المنادىٰ بهٰذا الوصفِ فيقتضي تحقّقَ الوصفِ فيه عملًا بالحقيقةِ، وثبوتُ هٰذا الوصفِ من جهته ممكنٌ، فيثبت تصديقًا له، وإنما ٱستثنىٰ كونَه عَلَمًا، وهٰذا الاْستثناءُ من الزوائدِ؛ لأنه إذا ناداه باسمِهِ العَلَمِ فليس مرادُهُ إلَّا ٱستحضارُه بالاسمِ الدالِّ على الذاتِ دونَ ملاحظةِ الوصفِ، فلم يمكن إثباتُه من دونِ دلالةٍ عليه، فلو قال له بالفارسية: يا آزاد، واسمهُ العلمُ حرٌّ، أو كان بالعكس قالوا: يعتق لأنَّ النداءَ بالاسمِ العلمِ لا يختلف باختلافِ اللغات، فتعين الوصف مرادًا[١].

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١١، و«المبسوط» ٧/ ٦٢-٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤١، و«درر الحكام» ٢/ ٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤١.

قال: (أو وجهكَ أو رأسك لا يدكَ أو رجلكَ).

إذا أضاف العتقَ إلىٰ عضوٍ يعبر به عن الجملةِ كالرأسِ والوجهِ والرقبةِ، كان (إعتاقًا، فإذا أضافه إلىٰ عضوٍ لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجلِ لا يكون)[١] /٧٢أ/ إعتاقًا، والكلامُ في هٰذا قد مرَّ في الطلاق، وهو نظيره في التفصيلِ والتعليلِ.

وعن أبي يوسف[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ أنه إذا قال لأمته: فرجُكِ حرٌّ عتقتْ، ولو قال لعبده لا يعتق، والفرق أنَّ الفرجَ يعبرَّ به عن الكلِّ في المرأةِ دون الرجلِ، قال ﷺ: «**لعن اللهُ الفروجَ على السروج**»[٣]. أراد النساء، وفي العتق روايتان[٤].

قال: (وبالكنايةِ كَلَا مِلْكَ لي عليك، ولا سبيلَ إن نوىٰ).

كناياتُ العتقِ تكون إعتاقًا إن أراد العتقَ وإلَّا فلا. وشرط النيةِ في الكناية وتقييدُها بها كافٍ عن نفيها في الصريحِ، فإنه (حيثُ)[٥] قيَّد هٰهنا دلَّ على الإطلاقِ، فقوله (لا ملكَ لي عليك) يحتمل أن يراد به: لا ملك لي؛ لأني نقلته إلىٰ غيري بالبيع أو الهبة. ويحتمل: لا ملك لي؛ لأني أسقطته، فلا يتعين أحدهما مرادًا إلَّا بالنية. وكذلك قوله: لا سبيل لي

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٢، و«فتح القدير» ٤/ ٤٤٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤١.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٧١: لم أجده.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٩، و«الكتاب» ٣/ ١١٢، و«المبسوط» ٧/ ٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣.

(٥) في (ج): (حينئذٍ).

عليك، وأخرجتك من ملكي، ولا رقَّ لي عليك، وقد خليتُ سبيلكَ.

(وكذا قوله لأمته: قد أطلقتك -بالهمز- لأنَّ ذلك بمنزلةِ قوله: خليتُ سبيلكِ)[١]، بخلاف قوله: طلَّقتكِ -بالتشديد- علىٰ ما يأتيك إن شاء الله تعالىٰ[٢].

قال: (ولا يعتق بلا سلطان مطلقًا).

إذا قال: لا سلطان لي عليك. لا يعتق، نوى العتق أو لم ينو؛ لأن السلطان عبارة عن اليدِ، وسُمِّيَ السطانُ به لقيام يده، ونفي اليد لا يستلزم نفي الملكِ كما في المكاتبِ، بخلاف قوله: لا سبيل لي عليك؛ لأن (نفي) السبيل مطلقًا هو بانتقاء الملك؛ لأن للمولىٰ على المكاتبِ سبيلًا[٣].

قال: (وقوله: أنتِ للهِ، ليس بإعتاقٍ).

إذا قال: أنت للهِ، أو أنتِ خالصٌ للهِ. لم يعتق في روايةٍ عن أبي حنيفة[٤] رَحِمَهُ اللهُ مطلقًا، وفي روايةٍ: إنْ نوىٰ به العتق[٥] عُتقَ.

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٢، و«المبسوط» ٧/ ٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣ .

(٣) «الكتاب» ٣/ ١١٢، و«المبسوط» ٧/ ٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٤، و«درر الحكام» ٢/ ٣.

(٤) «المبسوط» ٧/ ٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣، و«فتح القدير» ٤/ ٤٣٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٩.

(٥) في (ب): (اليمين).

وقال أبو يوسفَ[١] ومحمدٌ[١] رحمهما الله: يُعتق. وأوقفاه على النيةِ في روايةٍ عنهما وصاحبُ «المنظومة»[٢] أورد هٰذِه المسألةَ في باب أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف وحده، ولما كان محمدٌ معه في روايةٍ ٱقتصر على الجملةِ الٱسميَّةِ، ولم يتعرض في كتابِ الحصر للنيةِ وعدمِها، فلم يتعرض له في المتنِ، وإنما ظفرت بالرواياتِ من غيره.

لهما: أن الملكَ والخلوصَ للهِ مستفادٌ من حرفِ اللام، وهو دليلٌ على الٱختصاص، وإنما يتحققُ حيثُ يزول ملكُ العبد وذلك إعتاقٌ. وله أنَّ ذلك إخبارٌ عن كونه للهِ، والأشياءُ كلُّها لله بحكمِ التخليقِ، فلم يستفد العبدُ بهٰذا الإخبارِ شيئًا لم يكن حاصلًا له من قبلُ، فلم يحصل إنشاءٌ، ووجهُ التوقفِ على النيةِ أنَّه صالحٌ للإخبار والإنشاء بواسطة إزالةِ ملكهِ إلىٰ الله، فيتوقفُ على النيةِ[١].

قال: (ولو قال: هٰذا مولاي أو مولاتي أو يا مولاي عتق، لا يا ابني ويا أخي).

هٰذا هو الملحقُ بالصريح؛ لأن ٱسمَ المولىٰ يُستعمل في الناصر[٣]، قال تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١]. وفي ابن العم قال تعالىٰ: ﴿وَإِنِّى خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِىَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥] أي: ابن عمي[٤].

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦١، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣، و«فتح القدير» ٤/ ٤٣٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٩.

(٢) «المنظومة» لوحة (٦٨).

(٣) «الكشاف» ٤/ ٣١٩.

(٤) «الكشاف» ٣/ ٤.

وفي الموالاةِ في الدينِ، وفي المالك المعتقِ، وفي العبدِ المعتق، لٰكن المولىٰ لا يستنصر بمملوكه عادةً، ونَسَبُ العبدِ معروفٌ، فانتفىٰ معنى القرابةِ، والموالاة في الدين نوعُ مجاز. والكلامُ يُحمل على الحقيقةِ عند الإطلاقِ، وقد أضافه إلى العبدِ فانتفىٰ كونه معتقًا فتعينَّ الإعتاقُ، وكذا إذا ناداه بهٰذا الاسمِ؛ لأنه لمَّا صار بمعنى الإعتاقِ فقد ناداه باللفظِ الصريح الدالِّ على العتق. فصار كقوله: يا حرٌّ. وزفر رحمه الله[1] يفرق بين قوله: هٰذا مولاي، وبين النداء بأنَّ النداءَ قد يقعُ للإكرامِ، كقوله: يا سيدي، ويا مالكي، فلم يتعينِ الإعتاقُ.

قلنا: الأصلُ هو الحقيقةُ وقد بيَّنَّا دلالةَ اللفظ على العتق، فالتحق بقوله: يا حرُّ إذا لم يكن علمًا، بخلاف قوله: يا سيدي، أو: يا مالكي؛ لعدم الدلالةِ على العتقِ، فتعين الإكرام، وأمَّا النداء بالابن والأخ فليس بموجبٍ للعتق؛ لأنَّ النداءَ بالوصف الذي يمكن إثباتُه في المنادىٰ من جهةِ من يناديه يجعلُ إثباتًا لذلك الوصفِ تصديقًا له في ندائه بذلك الوصفِ، أما النداءُ بوصفٍ لا يمكن إثباتُه من جهة المنادي كان لمجردِ إعلامه دون تحقيقِ ذلك الوصفِ فيه؛ لعدم إمكان إثباتِه، والبنوةُ مما لا يمكن إثباتُها حال النداءِ، فإنه إذا كان مخلوقًا من ماءِ غيره لا يكونُ ابنًا[2] له بهٰذا النداءِ وكان لمجردِ الإعلام، وكذا الأخوةُ مع ما في إثباتِها من حمل النسب على الغير.

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٦٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٣، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٠٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٦٨.

(٢) في (ج): (إثباتًا).

ومما يلحقُ بالصريح: وهبتُك لنفسِكَ، أو بعتُك نفسَكَ. ولا يتوقفُ هٰذا علىٰ قبولِ العبدِ؛ لأن ذلك يقتضي زوالَ الملكِ إلى العبدِ، فيزولُ ملكهُ بإزالته صريحًا، (فلم يكن صريحًا)[1] في العتقِ؛ لأنه ليس موضوعًا له، لكنه ملحقٌ به؛ لكونه يقعُ من غير نيَّةٍ، ولما مَلكَ العبدُ النفسيةَ دون الماليةِ كان إعتاقًا لا يتوقفُ على القبولِ، حتىٰ لو قال: بعتُكَ نفسَكَ بكذا، ٱفتقر إلى القبولِ لمكان ذكر العوض[2].

قال: (وقوله لمن لا يولد لمثله: هٰذا ابني، إعتاقٌ).

رجلٌ قال لعبده /٧٢ب/ وهو أكبر سنًّا من مولاه: هٰذا ابني، عتق عند أبي حنيفةَ[3].

وقالا[3] والشافعيُّ[4] رحمهم الله: لا يُعتقُ.

وهٰذا الٱختلافُ مبنيٌّ علىٰ أصلٍ وهو أنَّ المجازَ خلفٌ عن الحقيقة في التكلم[5] عند أبي حنيفة، وعن الحكم عندهما؛ لأنَّ الحكمَ هو المقصودُ دون العبادةِ، واعتبارُ الخلفية فيما هو المقصودُ أولىٰ من ٱعتبارها فيما هو وسيلةٌ، فكان الحكمُ الثابتُ لمجاز هٰذا اللفظ خلفًا عن الحكمِ الثابتِ بحقيقته، وشرطُ المصير إلى الخلفِ تصورُ الأصلِ أولًا، ألا ترىٰ أنَّ اليمينَ علىٰ مسِّ السماء وقلبِ الحجرِ ذهبًا منعقدٌ باعتبار تصوُّرِ البرِّ في

---

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٣، و«المبسوط» ٧/ ٦٢-٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٤١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١١٣، و«المبسوط» ٧/ ٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٤١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٣.

(٤) «الوجيز» ٢/ ٢٧٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٢٠.

(٥) في (ج): (المتكلم).

الجملة، ثم بحكم العجز الخالي عنه وجبت الكفارةُ، وأن يمينَ الغموسِ غيرُ منعقدةٍ؛ لعدم تصور البرِّ، فعلىٰ هٰذا قولُه لمن هو أكبر سنًّا منه: هٰذا ابني لا يصير مجازًا عن التحرز، لأن الأصلَ -وهو البنوةُ- مستحيلٌ، فلم ينعقد سببًا في حق الأصل ليصار إلى الخلفِ. وأبو حنيفة يقول: المجازُ والحقيقةُ وصفان[1] للفظِ، فاعتبار الخلفيةِ والأصالة فيما يرجع إلى التكلم أولىٰ؛ لأن المتلكمَ يتصرفُ في العبارةِ فيقيم إحدى العبارتين مقامَ الأخرىٰ، والحكمُ يثبت بالعبارةِ أصلًا لا خلفًا؛ لأنه كالمتكلم بتلك العبارةِ التي هٰذِه خلفٌ عنها، وإذا كان المجازُ خلفًا عن الحقيقةِ في التكلم به دون تصوُّرِ الحكم، لم يكن التكلمُ بالمجاز مزاحمًا للحقيقةِ؛ لأن الخلفَ لا يزاحمُ الأصلَ؛ ولهٰذا قال بأنَّ الحقيقةَ المستعملةَ أولىٰ من المجاز المتعارفِ وإن عمَّ حكمه، فعلىٰ هٰذا يكونُ التكلمُ باللفظ مع إرادة ما وضعَ اللفظ له أصلًا، والتكلمُ به مع إرادةِ غير ما وضع له خلفًا، فيكون اللفظُ الواحدُ أصلًا باعتبار، وخلفًا باعتبار، إذ هو الموصوفُ بكونه حقيقةً وبكونه مجازًا، لٰكن بالإضافة إلىٰ محلين في زمانين.

فإذًا شرطُ صحةِ المصير إلى الخلف صحةُ التكلمِ من حيثُ اللغةِ مع قطع النظرِ عن الحكم، فإذا قال لمن هو أكبرُ سنًّا منه: هٰذا ابني. فهو كلامٌ صحيحٌ لغةً باعتبار ٱشتماله علىٰ شروطِ الإخبارِ، فصحَّ جعلُه مجازًا، ويثبت الحكمُ به في محلِّ المجاز، وإن ٱمتنع موجبُه الأصليُّ. ووجهُ المجاز أنَّ البنوةَ في المملوك سببٌ للحريةِ إجماعًا أو صلةٌ للرحم، وإطلاقُ السببِ وإرادةُ المسببِ مجازٌ، فقد أقام قوله: هٰذا ابني.

(١) في (ج): (صفتان).

مقامَ قولهِ: هٰذا حرٌّ، ووجب الحملُ عليه تحرزًا عن الإلغاء ولا يقال، فيجبُ أن يكون القائلُ لغيره: قطعتُ يدَكَ، فأخرجهما صحيحتين مجازًا عن الإقرار بالمال والتزامه بكون القطعِ سببًا لوجوبه؛ لأنَّا نقول: القطعُ الخطأُ سببٌ لوجوبِ مالٍ خاص[1] وهو الأرشُ، وأنه يخالف مطلقَ المال باعتبار الوصف؛ لأنه يجبُ على العاقلةِ في سنين فيستحيلُ إثباتُه بدون سببه، والذي يمكن إثباتُه وهو مطلقُ المالِ، فالقطع ليس بسببٍ له، بخلاف الحرية؛ فإنها لا تختلفُ ذاتًا ولا وصفًا، فأمكن المجازُ فيها[2].

فروع: إذا قال: هٰذا أبي أو أمي، ومثلُه لا يولد لمثلهما، فهو علىٰ هٰذا الخلاف لما بيَّنا، ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: هٰذا جدي، قيل: هو الخلافُ، وقيل: لا يُعتق إجماعًا؛ لأنَّ قولَه: هٰذا جدي لا موجبَ له في الملكِ إلَّا بواسطةِ الأب وهي غيرُ ثابتةٍ في كلامه، بخلاف الأبوةِ والبنوةِ؛ لأنَّ لهما موجبًا في الملكِ بدون واسطةٍ. ولو قال: هٰذا أخي. لا يعتقُ في ظاهرِ الرواية؛ لأنَّه لا موجبَ له إلَّا بواسطةِ الأبِ، وليس في اللفظِ ما يثبتها. ووجهُ الأخرىٰ أنَّ الأخوةَ سببٌ للعتق، فصحَّ المجازُ، ولو قال لعبده: هٰذِه ابنتي، قيل: هو (علىٰ)[3] الخلاف، وقيل: لا يعتقُ إجماعًا؛ لأنَّ المشارَ إليه من جنسِ المسمىٰ، فيتعلقُ الحكمُ بالمسمَّىٰ وهو معدومٌ، وقد مرَّ الكلامُ في ذلك مشبعا في كتاب

---

(١) في (ج): (خالص).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٣، و«المبسوط» ٧/ ٦٦-٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٣-٣٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣.

(٣) من (ج).

النكاح، ولا يُشترطُ تصديقُ العبدِ في قوله: هٰذا ابني؛ لأنَّ إقرارَ المالكِ علىٰ مملوكه يصحُّ من غيرِ تصديقِهِ، وقيل: يشترط التصديق فيما عدا دعوى البنوةِ؛ لأن في غير البنوةِ حملَ النسبِ على الغيرِ، فتكونُ دعوىٰ على العبد تلزمُه بعد الحريةِ، فيشترط تصديقُه، وإن كان العبدُ معروفَ النسبِ لا يثبت نسبُه منه لتعذره، ويُعتقُ لما ذكرنا[١].

قال: (ولو نواه بأنتِ طالقٌ لا نحكم به).

رجلٌ قال لأمته: أنت طالقٌ، ينوي بذلك الإعتاقَ. أو قال: تخمري، أو: أنتِ بائنٌ، لم تعتق[٢].

وقال الشافعيُّ[٣] رَحِمَهُ اللهُ: تعتقُ.

وكذا الخلافُ في سائرِ ألفاظِ صحيحِ الطلاقِ وكناياتِه.

له: أنه نوىٰ محتملَ لفظِه؛ لأنَّ بين ملكِ اليمينِ والنكاحِ توافقًا، أمَّا مِلكُ اليمينِ فإنه ملكُ العينِ وإنه ظاهرٌ، وأمَّا ملكُ النكاح فإنه في حكم ملكِ العينِ، ألا ترىٰ أنَّ التأقيتَ يبطله، والتأبيدُ شرطٌ. وقد اشتركَ[٤] قوله لامرأته: أنتِ طالقٌ، ولأمته: أنتِ حرَّةٌ، في إزالةِ ما هو حقُّه وهو ملكُ (العينِ في الأمةِ)[٥] وما في حكمِهِ، فكان ثبوتُ هٰذا المشترك من لوازمِ هاتين الصيغتين، فجاز ٱستعمالُ كلٍّ منهما؛ لإفادةِ هٰذا

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣-٢٤٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٣-٢٤٤.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٣، و«المبسوط» ٧/ ٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/ ٣.

(٣) «المهذب» ٢/ ٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٨١، و«غاية البيان» ص٢٣٤.

(٤) في (ج): (اشترط).

(٥) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ج).

المشترك؛ ولهٰذا وَقعَ الطلاقُ بقولِهِ لامرأته: أنتِ حرَّةٌ. فوجَبَ أن تُعتقَ بقوله: أنتِ طالقٌ؛ إعمالًا للصيغةِ فيما هو من لوزام حقيقتها.

ولنا[1]: أنه نوىٰ /١٧٣أ/ ما لا يَحتملُه لفظه؛ لأنَّ الإعتاقَ إثباتُ القوةِ، والطلاقُ رفعُ القيد؛ وهٰذا لأنَّ العبدَ ملحقٌ بالجماداتِ والأموالِ، وبالإعتاقِ يحيا، فيقدر على التصرفاتِ الشرعيَّةِ في الأفعالِ والأقوالِ والولاياتِ.

والمنكوحةُ قادرةٌ بنفسها، إلَّا أنَّ قيدَ النكاح مانعٌ، وبالطلاقِ يرتفعُ المانعُ فتظهرُ القوةُ، ولا خفاءَ أنَّ الإعتاقَ أقوىٰ، فما يصلحُ مزيلًا للأقوىٰ كان مزيلًا للأدنىٰ من غير عكسٍ؛ ولأنَّ ملكَ اليمين فوقَ ملكِ النكاح؛ لأنَّ ملكَ اليمينِ إذا طرأ علىٰ ملكِ النكاحِ أبطله فكان إسقاطهُ أقوىٰ، واللفظُ يُستعملُ مجازًا فيما هو دونَ حقيقتهِ لا فيما هو فوقها، فاتضح الفرقُ بين الآستعمالينِ.

فلا تُعتقُ بأنتِ طالقٌ، وتُطلقُ بأنتِ حرَّةٌ مع النيةِ؛ ولأنَّ صريحَ الطلاقِ وكناياتهِ تستعمل لحرمةِ الوطءِ، وحرمةُ الوطءِ تنافي النكاحَ ولا تنافي المملوكيةَ، فلا يقع كنايةً عنه.

قال: (ولو قال: أنتَ مثلُ الحرِّ لم يُعتق، أو ما أنت إلَّا حرٌّ عُتِقَ).

أمَّا الأولُ فلأنَّ المماثلةَ لا تستدعي الشركةَ من جميعِ الوجوه عُرفًا فوقع الشكُّ في الحريةِ.

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١٣، و«المبسوط» ٧/ ٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/ ٣.

وأمَّا الثاني فلأنَّه إثباتُ الحريةِ فيه بطريقِ الحصرِ والتأكيدِ[(١)].

قال: (وقولُه: عبدي أو حماري حرٌّ إعتاقٌ).

إذا أدخل كلمةَ (أو) بين من هو محلٌّ للعتقِ، وبين من ليس بمحلٍّ يُعتقُ العبدُ عند أبي حنيفة[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ، وقالا[(٢)]: لا يُعتقُ؛ لأنَّ كلمةَ (أو) للشكِّ في غيرِ الطلبِ، فكأنَّه قال: عبدي حرٌّ أو لا، وله أنَّ كلمةَ (أو) لأحد الشيئين أو الأشياء، فلا فرقَ بين أن يفصلَ أو يقول: أحدهما حرٌّ؛ لتساويهما في المعنىٰ، ولو قال كذلك وَجَبَ صرفهُ إلى العبدِ؛ لقبول المحلِّ، وكذلك لو جمعَ بين حيٍّ وميِّتٍ أو جمادٍ فقال أنشأت: إنَّ العتقَ في أحدِ هذين، لا نجدُ تفرقةً بينه وبين ما لو قال: أعتقتُ عبدي أو هٰذا؛ ولهٰذا لو نوىٰ عتقَ عبدِه بهٰذا الكلامِ عُتقَ إجماعًا، بخلافِ: عبدي حرٌّ أو لا، فإنه لو نوىٰ به الإعتاقَ لم يصحّ[(٣)].

قال: (ومن مَلكَ ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتقَ عليه ولا نخصُّ الولادَ).

إذا ملكَ الرجلُ (أباه)[(٤)] أو ابنه عُتقَ عليه بالإجماع[(٥)]، وهٰذِه هي قرابةُ

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١٤، و«المبسوط» ٧/ ٦٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٠، ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٧.

(٢) «المنظومة» لوحة (٣)، و«المبسوط» ٧/ ٢٤٠-٢٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٠-٥٦١، و«فتح القدير» ٤/ ٥١٩، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٦٩.

(٣) «المبسوط» ٧/ ٢٤٠-٢٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٠-٥٦١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٦٩، و«فتح القدير» ٤/ ٥١٩،، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٩.

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الإجماع» للنيسابوري ص١٥٤.

الولادِ، (ولو مَلَك أخاه، أو عمَّه، أو خالتَه، أو عمتَه فعندنا يُعتقُ، كما تُعتقُ قرابةُ الولادِ)[١] بالملك[٢]، وعند الشافعيِّ[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ لا يُعتقُ.

وذو الرَّحمِ المحرَم: كلُّ شخصين يدليان إلىٰ أصلٍ واحدٍ بغير واسطةٍ كالأخوين، أو أحدهما بواسطةٍ، والآخرُ بغير واسطةٍ كالعمِّ وابنِ الأخِ إلى الجدِّ، ولا يُعتق ذو رحمٍ غير محرمٍ كبني الأعمامِ والأخوالِ، وبني العمَّاتِ والخالاتِ، ولا محرمَ غير رحمٍ كالمحرماتِ بالصهريةِ والرضاعِ. له أنَّه عتقٌ ثابتٌ من غير رضا المالكِ، فيكون علىٰ منافاةِ الدليلِ، وقرابةُ الأخوةِ وما يشبهها نازلةٌ عن قرابةِ الولاد. (وقد قال ﷺ: «**لن يجزي ولد والدَه حتىٰ يجدَهُ مملوكًا فيشتريه فيعتقه**»[٤]، فبقيت في قرابةِ الولادِ عملًا به علىٰ خلافِ القياسِ، فلا يثبت فيما هو نازلٌ، عنها؛ لامتناعِ الإلحاقِ؛ لعدمِ المساواةِ، أو امتناع الدلالةِ لقوةِ قرابةِ الولاد)[١]؛ ولهٰذا فإنه إذا ملكَ المكاتبُ أباه أو ابنه تكاتب عليه، حتىٰ إذا أدىٰ بدلَ الكتابةِ عتقوا، بخلاف ما لو ملكَ أخاه أو عمَّه فإنَّه لا يتكاتب عليه إجماعًا.

ولنا[٥]: عمومُ قولهِ ﷺ: «**من ملك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتقَ عليه**»[٦]. ولأنَّه مَلكَ قرينةَ القرابةِ المؤثرة في المحرميةِ التي يفترض وصلها ويحرم

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٤، و«المبسوط» ٧/ ٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٧.

(٣) «الأم» ٨/ ١٤، و«المهذب» ٢/ ٥، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٥-٢٧٦، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٣-٤٠٤.

(٤) رواه مسلم (١٥١٠).

(٥) «الكتاب» ٣/ ١١٤، و«المبسوط» ٧/ ٧٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٣، و«الهداية» ٢/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٤٧.

(٦) رواه النسائي في «الكبرىٰ» ٣/ ١٧٣ (٤٨٩٧) وقال: وهو حديث منكر.

قطعُها؛ ولذلك وجبت النفقةُ وحرم النكاحُ؛ لأنَّ وجوبَ النفقةِ كان لمعنى الصلةِ، فإنَّ حرمانها يفضي إلى القطيعة، وكذلك حَرُم النكاحُ؛ صونًا لها عن القطيعةِ، وبقاءُ الرقِّ أقوىٰ في القطيعةِ من حرمانِ النفقةِ، فلمَّا وجبت النفقةُ رعايةً لصيانتها عن القطع؛ فلأن يثبت العتقُ عند الملك صيانةً (عن القطع)[1] وتحقيقًا للصلةِ كان أَوْلَىٰ، ولا فرقَ بين ما إذا كان المالكُ مسلمًا أو كافرًا في دارِ الإسلامِ؛ لعمومِ العلةِ.

وأمَّا المكاتبُ فملكُه (ملك)[2] ناقصٌ، فإذا ملك أخاه لم يتكاتبْ عليه، وكمالُ الملكِ هو الَّذي يعقبه العتقُ، والكلامُ مفروضٌ في الملكِ الكاملِ، بخلافِ قرابةِ الولادِ؛ لأنَّ العتقَ فيه من مقاصدِ الكتابةِ التي جزء في معنىٰ نفسهِ، وعِتْقُ نفسهِ مقصودٌ (لعقد)[3] الكتابة، فكذا جزؤه، ولا جزئيةَ في غيرِ الولاد علىٰ أنَّه يتكاتبُ عليه في روايةٍ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[4]، وهو قولهما[4].

فلنا المنعُ، وهٰذا بخلاف مالو ملك ابنةَ عمِّه وهي أختُه من الرضاع؛ لأنَّ الشرطَ في العتق (عليه)[1] كونُ المحرميةِ بسببِ القرابةِ، (لينتهض دليلًا علىٰ أنَّ ملكَ القرابةِ)[5] محرمةِ القطيعةِ واجبةُ الصلة، والمحرمية هٰهنا لا تثبت القرابةَ فلم يتحقق الشرطُ، ويدخل في هٰذا العتقِ الصبيُّ والمجنونُ، فيكونان أهلًا للعتقِ عليهما عند الملكِ؛ لتعلقِ حقِّ العبدِ به فشابه النفقةَ.

---

(١) من (ب)، و(ج).

(٢) من (ب).

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٣٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٢.

(٥) ساقطة من (ب)، و(ج).

قال: (ومن أعتق لغيرِ اللهِ، أو كان مكرهًا أو سكرانًا عُتقَ).

إذا أَعتَقَ عبدَه للشيطانِ أو للصنمِ /٧٣ب/ عُتق العبدُ وكان المعتقُ عاصيًا. أمَّا الإعتاقُ فلصدور الإنشاءِ من أهله مضافًا إلىٰ محلِّه عن ولايةٍ فنفذ، ولغت تسميةُ الجهةِ وعصىٰ اللهَ بتسميتها لتشبهه بالكفرةِ وعبدةِ الأصنامِ، وأمَّا عِتْقُ المكره والسكران[1] فهو كطلاقهما، وقد مرَّ في كتابِ الطلاقِ[2].

قال: (ولو أعتقَ الأمَّ عُتقَ حملُها ولا ينعكس).

إذا أعتق حاملًا عُتِقَ حملُها؛ لأنَّه متصلٌ بها فكان كالجزء منها، فعتق تبعًا لها، ولو أعتقَ الحملَ خاصةً عتق، ولا تُعتقُ الأمُّ. أمَّا عتقُ الحملِ؛ فلأنَّ العتقَ لما كان مندوبًا إليه وجب السعيُ في تحقيقه ما أمكن، وقد أمكن جعلُه نفسًا علىٰ حدةٍ؛ لأنَّه بعرضيةِ الأنفصال، ألا ترىٰ أنَّه أصلٌ في أستحقاقِ الوصيةِ والإرثِ وغيرِهما.

وأمَّا عدمُ عتقِ الأمِّ؛ فلأنَّه لا يمكن جعلُها مقصودةً بالعتق؛ لعدم الإضافةِ، ولا بحكم التبعيةِ؛ لما فيه من قلبِ الموضوعِ فامتنع، ثُمَّ إعتاقُ الحملِ صحيحٌ، بخلافِ بيعه وهبته، والفرقُ بينهما أنَّ القدرةَ على التسليمِ شرطٌ في البيعِ، ونفسُ التسليمِ شرطٌ في الهبة، ولا يُتصورُ ذلك في الجنين؛ بخلافِ الإعتاقِ لأنَّه إسقاطُ الملكِ فلا يفتقر إلى التسليمِ ولا القدرةِ عليه، ولو أعتق الحملَ علىٰ مالٍ صحَّ، ولا يجب المالُ، فإنَّه لا وجهَ إلىٰ إلزامه الجنينَ، لعدمِ الولايةِ ولا إلىٰ إلزامه الأمَّ؛

---

(١) في (ج): (النسيان).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٧، و«المبسوط» ٧/ ٦٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٨-٢٤٩.

لأنَّ الحملَ في حقِّ العتقِ أصلٌ، واشتراطُ بدلِ العتقِ علىٰ غيرِ المعتقِ لا يجوزُ.

ويعرفُ قيامُ الحمل وقتَ العتقِ إذا جاءت به لأقلِّ من ستَّةِ أشهرٍ من حين أعتق؛ لأنَّه أدنىٰ مدةِ الحملِ[١].

قال: (ويتبع الولدُ الأمَّ مطلقًا إلَّا من المولىٰ).

يعني بالإطلاق أنه يتبعها في الحريَّةِ والمملوكيَّةِ وأميةِ الولد والتدبير والكتابةِ. واستثناءُ المولىٰ يفهم أنَّ ولدَ الأمةِ من زوجها عبدٌ لمولاها، وولدُها من المولىٰ حرٌّ؛ لأنَّه مخلوقٌ من مائِهِ، فيعتق عليه، هٰذا هو الأصلُ، ولا معارض له فيه؛ لأنَّ ولدَ الأمَةِ لمولاها، وإذا ٱنخلق علىٰ ملكه عُتقَ عليه، وأمَّا أنَّ ولدَها من زوجها مملوكٌ لسيدها، فلترجحِ جانبِ الأمِّ باعتبارِ الحضانةِ، أو لاستهلاكِ مائه بمائها، والمنافاةُ متحققةٌ، والزوجُ قد رضي بذلك، بخلافِ ولدِ المغرور[٢].

وصورة المسألة: إذا تزوَّج ٱمرأةً، أو ٱشترىٰ أَمَةً فاستحقت وقد ٱستولدها، كانت الجاريةُ للمستحقِّ ويجب عليه العقرُ له، وولدُه يكون حرًّا بالقيمةِ؛ لأنَّ الوالدَ لم يرض بذلك، وعلىٰ ذلك إجماعُ الصحابةِ ﷺ، وولدُ الحرَّةِ حرٌّ علىٰ كلِّ حال؛ لأنَّ جانبَها راجحٌ، فيتبعُها في وصفِ الحريَّةِ، كما يتبعُها في وصفِ المملوكية.

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٩.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١١٩، و«الهداية» ٢/ ٣٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٥-٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥١.

قال: (وإذا ولدتِ المكاتبةُ بنتًا وهي أخرىٰ فأعتق الوسطىٰ، فالسفلىٰ حرَّةٌ تبعًا).

المكاتبةُ إذا ولدت بنتًا، وولدت البنتُ بنتًا أخرىٰ، فأعتق المولى البنتَ الوسطىٰ)[١] عتقت هي وعتقت السفلىٰ معها[٢].

وقالا[٢]: لا تعتق السفلىٰ؛ لأنَّ السفلىٰ تبعُ العليا كالوسطىٰ؛ ولهٰذا تسعيان وتؤديان بدلَ الكتابةِ علىٰ نجومها، وليست تبعًا للوسطىٰ؛ لأنَّها تبعٌ، والتبعُ لا يستتبع. فينزلان من العليا منزلةَ الولدين، ألا ترىٰ أنَّه لو ٱشترىٰ جاريةً فولدت بنتًا وهي أخرىٰ فقبضهن علىٰ تساوي قيمتهن، فإن الثمنَ ينقسم أثلاثًا. وله أنَّ السفلىٰ تبعُ الوسطىٰ بغير واسطةٍ، وتبعُ العليا بواسطةِ الوسطىٰ، فتُعْتَقُ بعتقِ كلٍّ منهما كدَيْنٍ به كفيل، وعن الكفيل كفيلٌ به، فإنَّ إبراءَ الأصلِ يوجب براءتهما، وبراءةُ كفيلِ الكفيل يقتصرُ عليه، وبراءةُ الكفيلِ الأولِ توجب براءته، وبراءةُ الثاني والوسطىٰ ليست تبعًا من كلِّ وجهٍ، بل هي أصلٌ من وجهٍ؛ لأنَّ العقدَ تناولها قبلَ ٱنفصالها عن العليا؛ ولهٰذا يبقىٰ عقدُ الكتابةِ بعد موتِ العليا[٣] علىٰ نجومه عند بقاء الوسطىٰ، ولا يقال: إنه ببقاء السفلىٰ؛ لأنَّا نقول: ذلك دليلٌ علىٰ أنَّ السفلىٰ أصلٌ من وجه، فبالأَوْلىٰ أن تكون الوسطىٰ أصلًا، فإذا كانت أصلًا من وجه جَازَ أن تستتبعَ من ذلك الوجه، وما ٱستشهدا به دليلٌ لأبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنَّ التبعيةَ باعتبارِ التفرعِ،

---

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «المنظومة» لوحة (٣)، و«الكتاب» ٣/١٢٨-١٢٩، و«المبسوط» ٧/٢٣٨، و«الفتاوى الهندية» ٥/١١.

(٣) في (ب): (المولىٰ).

والسفلىٰ متفرعةٌ عن الوسطىٰ حقيقةً، فنزلت منزلةَ الزيادةِ المتصلةِ حتىٰ تضاعفَ قيمتُها، فينقسم كلُّ الثمنِ عليهما (أثلاثًا)[١] ثمَّ ما أصاب الوسطىٰ -وهو الثلثان- ينقسم عليها وعلىٰ ولدِها أنصافًا.

قال: (ولو قال: أولُ ولدٍ تلدينه حرٌّ فأتت به ميتًا، فالثاني الحيُّ حرٌّ).

رجلٌ قال لأمته: أولُ ولدٍ تلدينه فهو حرٌّ، فولدت ولدًا ميتًا، ثم آخر حيًّا، عُتق الحيُّ[٢].

وقالا[٣]: لا يعتق؛ لأنَّ الشرطَ ولادةُ أولِ ولدٍ، وهٰذا ولدٌ ثانٍ؛ لأنَّ الولدَ الأولَ وإن كان ميتًا، فهو مولودٌ حقيقةً وشرعًا، أمَّا حقيقةً فظاهر. وأمَّا شرعًا: فلأنه ثبت به أميةُ الولد، ويتنجز الطلاقُ المعلَّقُ بولادةِ أولِ ولدٍ. وتنقضي بولادته العدَّةُ.

وله[٣]: أنه جعل عتقَ المولود أولًا جزاءَ الولادة. وإنما يصحُّ ذلك إذا كان حيًّا فيتقيد به بالضرورةِ /٧٤أ/ ويصير كأنه قال: أولُ ولدٍ حيٍّ تلدينه حرٌّ. ولو كان كذلك يعتق الحيُّ، وإن كان قد وُلدَ بعد الميتِ فكذا هٰذا.

قال: (وإذا خرج عبدٌ إلينا مسلمًا عتق).

(إذا خرج عبدٌ من دارِ الحربِ إلىٰ دار الإسلام مسلمًا عُتِقَ)[٤]؛ لقوله

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الجامع الكبير» ص٤٠، و«المبسوط» ٧/ ١٣٤، و«الهداية» ٢/ ٣٧٢، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٢٥، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٨٠٦.

(٣) «المبسوط» ٧/ ١٣٤، و«الهداية» ٢/ ٣٧٢.

(٤) ساقط من (ب) و(ج).

ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عتقاءُ الله»[١]، ولأنَّه أحرز نفسَه قبل الاستيلاءِ عليه؛ بسبق يده علىٰ نفسه، والمسلمُ لا يسترق[٢] ابتداءً[٣].

قال: (وإعتاقُ حربيٍّ مثله ثمةَ باطلٌ مالم يُخَلّ عنه).

إذا أعتق الحربيُّ عبدَه الحربيَّ في دار الحرِبِ، وهو في يده مستولٍ عليه لا يُعتَقُ حتىٰ لو أسلم، أو صار ذميًّا وهو عنده فهو عبدُه[٤].

وقالا[٤]: يُعتَقُ؛ لأنَّ الإعتاق إثباتُ العتق وهو أهلٌ له، بدليل صحةِ صدوره منه في دارِ الإسلامِ، والعبدُ مِلكُهُ، فولايتُه ثابتةٌ، وهو محلُّ العتق فينفذ عتقُه.

وله: أنَّ الإعتاقَ إزالةُ المِلْكِ، واستيلاؤه عليه سببٌ للملكِ؛ لأنَّ العبدَ في دارِ الحربِ محلٌّ لورود الاستيلاء التامِ (عليه)[٥] فيكون إزالةُ الملك مقارنًا لثبوته بالاستيلاء التام الحاصل بكونه في يدِه في دار الحرب، أو يتعقب ثبوت الملك بزواله، فيكون عبدًا (له)[٥]، بخلاف مالو كان العبدُ مسلمًا؛ لعدم تحقق (الاستيلاء التامِّ على المسلم لا يتصور وإن

---

(١) رواه أبو داود (٢٧٠٠)، والترمذي (٣٧١٥)، وقال: حسن صحيح.اهـ من حديث علي بن أبي طالب.

(٢) في (ب): (يستوفىٰ).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧١، و«فتح القدير» ٤/ ٤٤٤، ٤٥٣، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٣، و«فتح القدير» ٤/ ٤٥٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٠.

(٥) من (ب)، و(ج).

كان في دارِ الحربِ وليس بمحلٍّ لورود)[١] الآستيلاء عليه، وبخلاف ما إذا أعتقَ الحربى المستأمن في دارِ الإسلام عبدًا حربيًّا، وهو آخذٌ بيده؛ لأنَّ آستيلاءه في دارِ الإسلامِ لا يكون تامًّا؛ لأنَّ الدارَ دارُ العصمةِ وقد دخل فيها بأمانٍ.

قال: (ولو خرجا مسلمين يجعل ولاءه له).

الحربيُّ إذا أَعتق عبدَه الحربيَّ في دارِ الحربِ ثم خرجا إلينا مسلمين. قال أبو حنيفة[٢] ومحمد[٢] رحمهما الله: لا ولاءَ للمعتقِ عليه فيوالي من شاء.

وقال أبو يوسف[٢] رحمه الله: ولاؤه لمن أعتقه في دارِ الحربِ؛ لأنَّ الولاءَ كالنَّسب وهو يثبت ممَّن باشره في دارِ الإسلام، فكذلك الولاء؛ لأنَّ سببَهُ الإعتاقُ، كما لو أَعتقَ الحربىٰ عبدًا مسلمًا في دارِ الحربِ، ثم خرجا إلينا مسلمين.

ولهما[٢]: أنَّ لزومَ الولاءِ من أحكامِ الإسلامِ، والعبدُ حربيٌّ فما دام في دارِ الحربِ لا تلزمه أحكامُ الإسلام، فإذا خرج إلينا فقد خرج، ولا ولاءَ (له)[٣] عليه، فلا يثبت قياسًا علىٰ ما تقدم معتضدًا[٤] باستصحاب الحال، بخلاف المسلم؛ لأنَّ الحريةَ الثابتةَ بإعتاقه ثَمَّةَ تأكدتْ

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٢، و«المبسوط» ٧/ ٩١-٩٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٣، و«فتح القدير» ٤/ ٤٥٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٤٧-٢٤٨، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٠.

(٣) من (ب).

(٤) في (ج): (مقتصدًا).

بإسلامه، والمسلمُ في دارِ الحربِ يلزمه كثيرٌ من أحكامِ الإسلامِ، فجاز أن يلزمه هٰذا الحكمُ، فإذا خرجا فقد خرج العبدُ وعليه ولاءٌ فيستمر.

قال: (ولو أدخل المستأمن عبدًا مسلمًا إلىٰ دارِ الحربِ فهو مُعتَقٌ بغيرِ ولاءٍ، وكذا لو أَسْلَم ثمةَ فباعه من مسلمٍ أو ذميٍّ حربيٌّ).

مستأمنٌ ٱشترىٰ عبدًا مسلمًا في دار الإسلام، ثم دخل به إلىٰ دار الحرب.

قال أبو حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتقُ، ولا ولاءَ عليه.

وقالا[2]: لا يعتق، فكذا عبدُ الحربيِّ إذا أسلم في دار الحرب فابتاعه مسلمٌ أو ذميٌّ في دار الحرب يعتق عنده، خلافًا لهما. ولو غنمه المسلمون عُتقَ بالإجماع؛ لأنَّه يقوىٰ بالمسلمين وقهر مولاه، فصار كالخروج إلىٰ دار الإسلام.

لهما: أنَّ المِلْكَ ثابتٌ فيه للحربيِّ، فلا يزولُ بإدخاله دار الحربِ؛ لأنَّ إدخالَه ليس بإزالة المِلْكِ، والملكُ الثابتُ لا يزول بدون الإزالةِ، وصار كما لو ٱشترىٰ حربيًّا وأدخله في دارِ الحرب.

ولهما: في المسألة الثانية أنَّ المسلمَ والذميَّ لم يصدر منهما عتقُهُ، ومالكه لم يزل عنه ملكُهُ فوجب بقاءُ الرق.

وله: في الأولىٰ أنَّ العبدَ ٱستحق بإسلامه إزالةَ مِلْكِ الحربيِّ عنه، إمَّا بالبيع أو بما يقوم مقامَه، كأم ولدِ النصرانيِّ إذا أسلمت تخليصًا له من ذلِّ

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٣٩.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٤٠.

رقِّ الكافر، وهٰذا ما دامَ في دارِ الإسلامِ مستأمنًا لحرمةِ مِلكِهِ بسبب الأمان، فإذا أدخله دارَ الحرب ٱستحقَّ الإزالةَ بالعتق؛ لانتفاءِ حرمةِ ماله. وإذا لم تجب الإزالةُ بعوض وهو حقُّ المولىٰ وجبت الإزالةُ بالعتق حقًا للعبد؛ ولأنَّه لما ٱستحقَّ بالإسلام إزالةَ المِلْكِ عنه، وقد تعذر الجبر عليه بدخوله دارَ الحرب فتعيَّن العتقُ مخلصًا بطريق إقامةِ شرطِ الزوال، وهو العودُ إلىٰ دار الحرب، فإنه قاطعٌ للعصمة مقامَ علةِ الزوال، كامرأةِ الحربيِّ إذا أسلمت في دارِ الحربِ بانت بثلاثِ حيضٍ بدون التفريق، وله في الثانية إمكانُ عتقِهِ بإقامةِ شرطِ الزوالِ مقامَ علتِهِ عند تعذرِه، وهٰذا هو المذكور في «شرح الجامع» لقاضي خان (وغيره)[1]، وذكر في «شرح الطحاوي»: أنَّه يعتق بعرضه على البيعِ من مسلم أو كافرٍ قبل البيع؛ لأنه بالإسلام ٱستحقَّ العبد[2] العتق فيحتاج إلى السبب ليزول ملكُه عنه، فلما عرضه على البيع وجد رضاه بزوال ملكه عنه، فأقيم مقامَ السببِ المزيل.

قال بعضُ مشايخنا: وهٰذا هو الصحيحُ؛ لأنه لو عُتقَ بعد ثبوتِ الملكِ للمشتري يكون ضررًا في حقِّ المسلم بزوال ملكه بدون إزالته، وإن عُتِقَ بعد الشراء قبل ثبوت الملكِ له لزمه ضررُ خروجٍ بدله عن ملكه ويده، بدون حصول ما يقابله في ملكه ويده فينتقي بالنافي /٧٤ب/ لكنه إذا عُتِقَ بالعرض على البيع فهو يعلم أنه حرٌّ، فيجعل ما يبذله فداءً للمسلم وتخليصًا له من يد الكافر، فلا يلحقه ضررُ عدمِ الحصولِ له[3].

---

(١) من (ب). وانظر: «شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد» ص ٤١٢.

(٢) في (ج): (العتق).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٥٨، ٥٧٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢.

قال: (ولو (أعتقه) علىٰ مال فقبل، عتق ولزمه).

وهٰذا مثل أن يقول أنتَ حرٌّ بألفٍ أو علىٰ ألف، أو علىٰ أنَّ لي عليك ألفًا، أو علىٰ أن تعطيني ألفًا. وإنما قيَّده بقبوله؛ لأنَّه معاوضةٌ ومن شرطها القبول في الحال كالبيع؛ ولهٰذا قلنا: يُعتقُ إذا قبل؛ لأنه علَّق العتقَ بالقبولِ لا بأداءِ المال. ومعنىٰ قولِهِ: (ولزمه) أي: ويصير ما شَرطَ على العبد من المال دينًا لازمًا عليه حتىٰ تصحَّ الكفالةُ به، وهٰذا بخلاف بدلِ الكتابةِ حيثُ لا تصحُّ الكفالةُ به، والفرق أنَّ المولىٰ لا يستوجب علىٰ عبده دينًا؛ لأنَّ ذمةَ العبد ضعفتْ برقِّه، فلم تحتملِ الدينَ بنفسها ما لم ينضم إليها ما يؤكدها، وهي إمَّا ماليةُ الرقبة، أو ماليةُ الكسب.

ومالية الرقبة لا تصلح جابرًا في حقِّ المولىٰ؛ لأنَّها مستحقةٌ له، فكان الدينُ الثابتُ على المكاتبِ علىٰ منافاة الدليل بالنَّصِّ، فلا يتعدىٰ من الكتابة إلىٰ صحةِ الكفالة، وههنا ثبتَ علىٰ مقتضاه، فإنه يعتقُ أولًا ويلزمه المالُ ثانيًا، فتظهر في حقِّ الكفالةِ وقوله: (علىٰ مال) ينتظم ما يصدق عليه من العرضِ والنقدِ والحيوانِ معيَّنًا كان أو غيرَ معين؛ لأنَّها معاوضةُ مالٍ بغير مالٍ؛ لأنَّ العبدَ لا يملك نفسَه، فشابه النكاحَ والطلاقَ والصلحَ عن دم العمد، وكذا الطعامُ والمكيلُ والموزونُ والمعلومُ الجنس، وإن كان مجهولَ الوصف؛ لأنَّ تلك الجهالةَ يسيرةٌ، وإنما أجزنا في هٰذِه المعاوضةِ الجهالةَ اليسيرةَ دون الفاحشة؛ لأنَّ في معاوضةِ المالِ بغير المال جهتين؛ لأنها شبيهةٌ بالبيع من حيثُ إنَّ في مقابلته عوضًا، وشبيهةٌ بالإقرار من حيثُ إنه ليس في مقابلته (مَا لَه)[1] حكمُ المالِ، وفي الإقرارِ يتحملُ الجهالةَ يسيرةً كانت أو فاحشةً، وفي

(١) في (ب): (ما يأخذ).

البيع لا يتحمل أصلًا فعملنا بالشبهيّن فتحملنا فيها اليسيرةَ دون الفاحشةِ[١].

قال: (أو علَّقه بأدائه صحَّ وصار مأذونًا).

وهٰذا مثلُ أن يقول: إن أديت إليَّ ألفًا، فأنت حرٌ، ومعنى الصحة عتقُهُ عند الأداء من غير أن يصير مكاتبًا حتىٰ صحَّ بيعه قبل أداء الألف، وإنَّما صار مأذونًا؛ لأنَّ المولىٰ لما طلب منه أداء المال، وطريقُهُ الكسب بالتجارة غالبًا، فقد أذن له في التجارةِ دلالةً. وإنما لم يصر مكاتبًا؛ لأنه صريحٌ في تعليق العتق بالأداء، وإن كان في ذلك معاوضةٌ في الأنتهاء علىٰ ما تقرر، وإذا كان تعليقًا بالأداء فما لم يؤد المال كلَّه لم يُوجد شرطُ العتق فلا يعتق، وليس بمكاتب صريحًا فلهُ بيعه[٢].

قال: (وإذا أحضره أجبرناه على القبول).

(هٰذِه من الزوائد)[٣]، إذا أحضر العبدُ المالَ أجبر الحاكمُ المولىٰ علىٰ قبوله، وعُتق العبدُ، ومعنى الإجبار هٰهنا وفي سائرِ الحقوق: أن ينزل المولىٰ قابضًا بالتخلية بينه وبين المال[٤][٥].

وقال زفر[٦] رحمه الله: لا يجبر على القبول وهو القياس؛ لأن هٰذا تعليقُ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«الكتاب» ٣/ ١١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٨، و«الهداية» ٢/ ٣٤٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«الكتاب» ٣/ ١١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٨، و«الهداية» ٢/ ٣٤٨، و«درر الحكام» ٢/ ١٥.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٨، و«الهداية» ٢/ ٣٤٨، و«درر الحكام» ٢/ ١٥.

(٥) في (ب): (المولىٰ).

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٤٨.

العتق بالأداء فكان بينًا؛ ولهٰذا لم يتوقف علىٰ قبولِ العبد، ولم يحتملِ الفسخ، وشروطُ الأيمان لا يجبر عليها؛ لأنَّ الآستحقاقَ يتبع وجودَ الشرطِ، بخلافِ الكتابةِ؛ لأنَّها معاوضةٌ، والبدل فيها واجبٌ. ولنا أنَّه وإن كان تعليقًا لفظًا، إلَّا أنه معاوضةٌ نظرًا إلى المقصود؛ لأنه لم يعلق بالمال إلَّا حثًّا له علىٰ إحضاره لينال[1] العبد الحرية، والمولى المال بمنزلة الكتابة؛ ولهٰذا جعلناه عوضًا في الطلاق بهٰذا اللفظِ حتىٰ وقع الطلاقُ بائنًا، فجعلناه تعليقًا ٱبتداءً باعتبار اللفظ نظرًا للمولىٰ حتىٰ لا يمتنع عليه بيعه، ولا يكون العبدُ أحقَّ بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضةَ ٱنتهاءٍ نظرًا للعبد؛ دفعًا للغرور عنه حتىٰ يجبر المولىٰ علىٰ قبوله عند إحضاره. ونظيرُ هٰذِه المسألة الهبةُ بشرط العوض، ولا يقال: لا يمكن جعله عوضًا؛ لأنَّ البدلَ والمبدلَ كلاهما عند الأداء للمولىٰ؛ لأنا نقول: لما ثبت عند الأداء معنى الكتابةِ علىٰ ما بينَّا ثبتَ شرطُ صحتها ٱقتضاءً، وهو كونُ العبدِ أحقَّ بالمؤدىٰ فثبت سابقًا على الأداء عند وجوده، وصار كما لو كاتب عبدَه علىٰ نفسِه ومالِهِ، وكان الكسبُ مالًا قبلَ الكتابة، فإنه يصيرُ أحقَّ بذلك المال حتىٰ إذا أدَّاه عُتِقَ، وهٰذا الجوابُ مبنيٌّ على القولِ بالاقتضاء.

تفريع: فلو أدى البعضُ يجبر على القبولِ، لٰكن لا يعتق حتىٰ يؤدي الكلَّ؛ لعدمِ الشرطِ قبلَ التمام، كما إذا حطَّ البعضُ وأدى البعضُ، ولو أدىٰ ألفًا كان ٱكتسبها قبل التعليق عُتِق؛ لوجود الشرط ورجع المولىٰ عليه لاستحقاقه إياها[2].

---

(١) في الأصل: (لتناول).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٤٨.

قال: (ويجعل التعليق بحرف إن كإذا، ومتىٰ، حتىٰ لو باعه ثم ٱشتراه فأحضره يأمر بإجباره).

ذكر المسألةَ الخلافيَة، ونبّه علىٰ أصلها، وموضعَ الإجماعِ أيضًا.

فأمَّا الخلافيةُ: فإذا قال: إن أديتَ إليَّ ألفًا فأنت حرٌّ.

قال أبو حنيفة[1] ومحمدٌ[1] رحمهما الله: يقتصرُ هٰذا التعليقُ على المجلس، فإن أدى الألفَ في مجلسه ذلك عُتقَ وإلَّا فلا.

وقال أبو يوسف[1] رَحِمَهُ اللهُ: لا يقتصر /٧٥أ/ على المجلسِ حتىٰ لو باعه ثم ٱشتراه فأحضر إليه المال يجبر المولىٰ على القبول، ويعتق العبدُ، ولو كان قال: إذا أديتَ أو متىٰ أديتَ. لم يقتصر على المجلس إجماعًا. له أنه تعليق من المولىٰ بالأداء فيعتبر بسائر التعليقات، وإنما الجبر إلى القبول باعتبار ما فيه من معنى المعاوضة.

فيعتق العبد إذا خلَّي بينه وبين المال في المجلسِ أو فيما وراء المجلسِ، أو بعدما باعه ثم ٱشتراه؛ إذ التعليقُ لا يبطل بتبدل المجلس، وصار كالتعليق بـ(إذا)، أو (متىٰ).

ولهما: أنه خيَّره بين أن يحصلَ عتق نفسه، وبين أنه لا يحصل؛ لأنه وإن كان تعليقًا في اللفظ إلَّا أنه معاوضةُ ٱنتهاءٍ، وانتهاءُ المعاوضة تمليكٌ، والتمليكاتُ تقتضي جوابًا في المجلس، فصار كقوله: أنتَ حرٌّ إن شئت، وهٰذا لأنَّ المعاوضةَ تقتضي أن يوجد من كلٍّ من المتعاوضين ما يختصُّ (به في المجلس، وقد وجد من المولىٰ ما يختصُّ به منها، فوجب أن يوجد من العبد ما يختصُّ)[2] به منها. وليس ذلك إلَّا الأداء؛ إذ القبولُ منه ليس بشرطٍ

---

(١) «مختلف الرواية» ٢/ ١٠٩٤، و«فتح القدير» ٥/ ١٠-١١.

(٢) ساقط من (ج).

أصلًا، بخلاف الكتابة؛ إذ شرطها القبولُ في المجلس، بخلاف (متىٰ) و(إذا)؛ لأنَّ التعليقَ بهما ينافي الاقتصارَ على المجلس؛ لأنَّ (متىٰ) لعموم الأوقات و(إذا) بمعناها، فإذا باعه فقد أبطلَ ما في تعليقِهِ (من معنى المعاوضةِ والإجبار على القبول باعتبار بقائها، فامتنع الإجبار، ولكن لو قبضه)[1] اختيارًا عُتِقَ؛ لأنَّ ما فيه من معنى التعليقِ لم يبطل بالبيع، فإذا وجد الشرطُ عُتِقَ[2].

قال: (أو علىٰ أن يخدمه سنةً ثم مات، أو علىٰ قدر من الخمر فأسلم أحدهما رجع في تركته، وعليه بقيمة نفسه وحكم بقيمة خدمته ومقدارها).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: رجلٌ أعتق عبدَه علىٰ أن يخدمه سنةً فقبل العبدُ حتىٰ عتق، ثم مات العبدُ قبل أن يخدمه شيئًا، يرجع المولىٰ في تركة العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة[3] وأبي يوسف[3] رحمهما الله.

وقال محمد[3] رحمه الله بقيمة خدمته سنةً، ولو كان مات في أثناء السنةِ وجب عندهما[3] من قيمته قسطُ ما بقي من الحول.

وعند محمد[3] رحمه الله من قيمة الخدمة قسط ما بقي من الحول.

له: أنه عقدٌ لا يقبل الانفساخَ فيكون الموجبُ لتقديم الخدمة قائمًا، وقد عجز عن تسليمها فيلزمه قيمتُها، كما لو تزوج امرأةً علىٰ عبدِ الغير.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«فتح القدير» ٥/ ١٠-١١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٨-٣٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ١٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٨٣، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٣.

ولهما[1]: أنَّ المولىٰ باذلٌ المالَ بالخدمة في هٰذا العقد، فلم يكن راضيًا بزوال ملكه عن العبد، إلَّا إذا حصل له ما شرط من الخدمة، فإذا فاتت الخدمةُ وجب ردُّ العبد إلىٰ ملكه. وقد تعذر بالعتق؛ لأنه لا ينتقض بعد نزوله فيرجع بقيمة نفسه، كما لو ٱشترىٰ إياه بعبدٍ، ثم مات العبد قبل التسليم، فعليه قيمةُ الأب لا قيمةُ العبد.

وهٰذِه المسألة من فروع ما إذا باع نفسَ العبدِ منه بجاريةٍ، ثم ٱستحقت، وقد مرَّت في البيوع.

المسألة الثانية: إذا أعتق الذميُّ عبدَه الذميَّ علىٰ مقدارٍ معيَّنٍ من الخمر فقبل العبدُ وعتق ثم أسلم أحدُهما، فعلى العبد أن يدفعَ إلى المولىٰ قيمةَ نفسه[2]، وقال محمدٌ[2] ﷺ: عليه قيمةُ ذلك المقدار من الخمر. والحجةُ من الطرفين ما مرَّ في الأولىٰ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٨-٣٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ١٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٨٣، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٣.

(٢) «تبيين الحقائق» ٣/ ٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٧٨.

فصل في العبد يعتق بعضه

قال: (والإعتاقُ يتجزأ ومعتقُ البعضِ يسعىٰ في بقيةِ قيمته فهو كالمكاتب، وقالا: كالحرِّ المديونِ).

إذا أعتق المولىٰ بعضَ عبدِه عُتقَ ذلك البعضُ، أي: زال ملكُه عنه، وعليه أن يسعىٰ لمولاه في بقيةِ قيمتهِ، فإذا أدىٰ بدلَ السعاية عُتقَ كلُّه دفعةً واحدةً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

وقالا[1]: إذا أَعتقَ بعضَهُ فقد عَتقَ كلَّه.

وهو مذهبُ الشافعي[2] رحمه الله، وأصل ذلك أنَّ الإعتاقَ يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

وقالا: لا يتجزأُ، كما لا يتجزأُ العتقُ عندنا، وقد مرَّ في مقدمة كتاب العتق أنَّ الإعتاقَ عند أبي حنيفة[3] رحمه الله: هو إزالةُ الملكِ، لا إزالة الرقِّ؛ لأنَّ الرقَّ هو حقُّ الشرع فلا يكون للعبد ولايةُ إزالته قصدًا، وأمَّا المِلْكُ فهو حقُّه فله إزالته، إلَّا أنَّ الرقَّ يزول بزوال كلِّ المِلْكِ ضمنًا له لا قصدًا؛ لأنَّ التصرفَ في حقِّ الغير قصدًا لا يصحُّ، فإنَّ أحدَ الشريكين لو أعتق نصيبَ صاحبه قصدًا لم يصحَّ، ولو أعتق نصيبَ نفسِه صحَّ، وسرىٰ إلىٰ نصيبِ الآخر إمَّا بعتقه أو بإفسادِ مِلكِهِ علىٰ ما هو المعروفُ من الخلاف، فيكون ما هو المسمَّىٰ بالإعتاق الصادر من المولىٰ هو إزالةُ الملك، وأنه يقبل التجزؤ، ألا ترىٰ أنَّه لو أزال

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٧، و«الكتاب» ٣/ ١١٤-١١٥، و«المبسوط» ٧/ ١٠٢، و«الهداية» ٢/ ٣٣٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٣-٢٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٨.

(٢) «المهذب» ٢/ ٥، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٤.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

مِلكَهُ عن نصف إلىٰ أحدٍ بهبةٍ أو بيعٍ جاز، فكذا إذا أزاله لا إلىٰ أحد، أمَّا العتقُ: فهو ثبوتُ القوةِ الشرعيةِ، وثبوتُها لا يتجزأ، فلا يجوز أن يكون نصفُه شائعًا ذا قوةٍ شرعيةٍ دون نصفِهِ الآخر، لكن يجوز أن يكون نصفُه مملوكًا دون نصفِهِ الآخر، فإذا أعتق بعضَه زال مِلكُهُ عن ذلك البعض، لا إلىٰ أحدٍ ويتراخىٰ عتقُ ذلك البعضِ إلىٰ أن يعتق النصفَ الآخر، أو يسعىٰ فيه العبدُ فيعتق كلُّه دفعةً واحدةً.

وعندهما[١]: لما كان الإعتاقُ إثباتًا للعتق، والعتقُ غيرُ منجزٍ يكون إعتاق بعضه /٧٥ب/ إعتاقًا لكلِّه؛ لأنَّ ثبوتَ العتق يستلزم زوالَ الرق ضرورة فصار كالطلاق المضاف إلىٰ بعض المرأة، والعفو عن القصاص في البعض، والاستيلاد، وإنما وجبت السعايةُ عند أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ لاحتباسِ مالية بعض العبدِ عنده، والمستسعىٰ كالمكاتب عنده.

وقالا[١]: هو كالحرِّ المديونِ؛ لأن كلَّه عُتقَ عندهما بإعتاق البعضِ، وعنده كلُّه رقيق. وإنَّما الملك قد زال عن بعضه (فبالإضافة العتق إلى البعض موجبٌ)[٢] إثباتَ مالكية العبدِ لنفسِه، وبقاء الملك في بعضه يمنع منه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبًا، فإنه مالكٌ يدًا لا رقبةً. والسعايةُ بدل الكتابة، فله أنْ يستسعيه، وله أنْ يعتقَهُ؛ لأنَّ المكاتبَ قابلٌ للإعتاق، وهو في جميع أحواله كالمكاتب إلىٰ أن يؤدي السعايةَ؛ لأنه تعلَّقَ عتقُهُ بأداء المال، فلا تقبل شهادتُه ولا يرث ولا يورث ولا يُزوَّج، إلَّا أنه إذا عجز لا يُردُّ (إلى الرقِّ)[٣] بخلاف المكاتبِ كتابةً مقصودةً.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

(٢) في (ب): (بإضافة العتق إلى البعض فوجب).

(٣) في (ب)، (ج): (في الرق).

والفرق أنَّ المولىٰ هٰهنا أسقط مِلكَهُ عن بعضِه لا إلىٰ أحد، فلم يقبل الفسخَ.

وأمَّا الكتابةُ المقصودةُ فهي عبارةٌ عن فكِّ الحجر بعوضٍ، فكان قابلًا للإقالة والفسخِ كالمأذون. وأما الطلاقُ والقصاصُ فليس فيهما حالةٌ متوسطةٌ فأثبتناه في الكلِّ ترجيحًا للمحرم على المبيح.

وأمَّا الٱستيلادُ فمنجزٌ عنده، حتىٰ إذا ٱستولد أحدُ الشريكين مدبرةً مشتركةً بينهما، ٱقتصر الٱستيلادُ علىٰ نصيبه، وبقي النصيبُ الآخر مدبرًا علىٰ حاله، حتىٰ إذا مات المستولدُ يعتق هٰذا النصف من جميع المال، ولو مات الآخرُ يُعتقُ نصيبُهُ من ثلث المال، بخلاف القنة؛ لأنَّه لما ضمن نصيبَ صاحبه بإفساد المِلْك عليه ملكه بالضمان فيكمل[1] الٱستيلادُ.

وصورةُ المستسعىٰ: أن يَعتقَ المولىٰ بعضَ عبدِه أو أعتق بعضُ الشركاءِ نصيبَه أو بعض الورثة أو الغرماء أو المريض، ولم يخرج من الثلث. أما العبدُ (الرهن)[2] إذا أعتقه الراهنُ وهو معسرٌ، وسعى العبد فهو حرٌّ بالإجماع، لأن الدينَ على الراهن لا في رقبةِ العبد[3]؛ ولهٰذا يرجع العبد على الراهن بما سعىٰ[4].

(١) في (ب): (فيملك).
(٢) من (أ).
(٣) في (ب): (المعتق).
(٤) «الهداية» ٢/ ٣٣٧.

قال: (وإذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبَه وهو موسرٌ فللآخر أن يَعتقَ أو يضمن أو يستسعىٰ. واليسارُ لا يمنع السعايةَ. أو معسرٌ فله أن يعتق أو يستسعىٰ، وقالا: له الضمانُ مع اليسار والسعاية مع الإعسار).

إذا كان العبدُ بين شريكين فأعتقَ أحدُهما نصيبَه عُتِقَ، فإن كان موسرًا فشريكُه بالخيار إن شاء أَعتقَ نصيبَه، وإن شاء ضمن المعتق قيمةَ نصيبِه، وإن شاء ٱستسعى العبدُ. واليسارُ لا يمنع الاستسعاء، فإن ضمن رجع المعتقُ على العبدِ والولاء للمعتق، وإن أعتق أو ٱستسعىٰ كان الولاءُ بينهما. وإن كان معسرًا فالشريكُ بالخيار بين أن يعتقَ أو يستسعىٰ، ويكون الولاءُ بينهما، وهٰذا عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

وقالا[1]: ليس له إلَّا الضمانُ مع اليسار أو السعاية مع الإعسار، ولا يرجعُ المعتقُ على العبد بشيءٍ والولاء للمعتق، والخلاف في هٰذِه المسألة ينبني علىٰ أصلين. أحدهما: تجزئ الإعتاقِ وعدمه كما مرَّ، والثاني: أنَّ يسارَ العتق لا يمنع الاستسعاءَ عنده، وعندهما يمنع، لهما قوله ﷺ في الشريك يعتقُ نصيبَه إن كان غنيًّا ضمن، وإن كان فقيرًا سعى العبدُ في حصةِ الآخرِ، وهٰذِه القسمة[2] مما تمنع الشركة؛ ولأنه لما عتقِ الكل بإعتاق نصيبه عندهما كان بدلُ نصيبِ شريكه المملوكِ له في ضمن إعتاق نصيبه عليه لا على العبد، إلَّا أنه لما كان معسرًا فتعذَّر

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٩-٣٧٠، و«الكتاب» ٣/ ١١٥-١١٦، و«المبسوط» ٧/ ١٠٤-١٠٥، و«الهداية» ٢/ ٣٣٧-٣٣٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٩.

(٢) في (ج): (التسمية).

وصوله إليه، وجب أنْ يصلَ إليه من المحلِّ، وهو العبدُ بالسعايةِ؛ لأنَّه صاحبُ الشرطِ؛ لأنه هو المحلُّ، فيقام مقامَ صاحبِ العلةِ كما في حفر البئر عدوانًا.

وله أنَّ نصيب الساكتِ مملوكٌ له، إلَّا أنه فاسدٌ، حيث عجز عن تمليكه من غيره فله الخيارُ، إن شاء ضمن المفسد، وإن شاء ٱستسعى العبد، لاحتباس ماليته عنده، كما إذا هبتِ الريحُ فألقت ثوبَ إنسانٍ في صبغ غيره فانصبغ به، فعلىٰ صاحبِ الثوب قيمةُ صبغ الآخر موسرًا كان أو معسرًا؛ لاحتباس مالية الصبغ عنده. لكنَّ العبدَ فقيرٌ فيستسعىٰ، ثم اليسارُ المعتبرُ هنا: هو قدرتُه علىٰ قيمة نصيب شريكه، فاضلًا عن ملبوسه ونفقةِ نفسه وعيالهِ في يومه، لا اليسارُ المعتبرُ في الغناء؛ لأنَّ بذلك يعتدلُ النظر من الجانبين، حيث يصلُ إلى الشريك بدل نصيبه، ويتحققُ للمعتق ما قصد إليه من القربةِ، ثم التخريج علىٰ قولهما ظاهرٌ، أما عدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن؛ فلعدمِ السعايةِ على العبد حالَ يسار المعتق، وأمَّا (الولاء)[1] له فلأن العتقَ كلَّه من جهته؛ لعدم تجزئه، وأما التخريج علىٰ قوله، أمَّا التخيير في الإعتاق فلقيام ملكه في الباقي؛ لأنَّ الإعتاق (قابل للتجزيء)[2] وأما التضمين فلأنَّ المعتقَ مفسدٌ لنصيبه، حيث ٱمتنع عليه ما سوى الإعتاقِ وتوابعه، وأمَّا الأستسعاء فلاحتباس مالية العبد عن نفسِهِ، وأمَّا رجوع المعتقِ بما ضمن على العبد فلقيامه مقام الساكت بأداء الضمانِ، وقد كان للساكت أن يستسعيهِ، فكذلك لمن قام مقامه؛ ولأنه قد ملكه بأداء الضمان ضمنًا،

---

(١) طمس في الأصل، والمثبت من (ج)، وفي (ب): (الولاية).

(٢) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

فيصير كأنَّ الكلَّ له، وقد أعتق بعضه فثبتت له ولايةُ إعتاق الباقي أو ٱستسعائه /١٧٦أ/ والولاءُ للمعتق في هٰذا الوجه؛ لأنَّ العتقَ كلَّه من جهته؛ لأنَّه قد ملكه بأداءِ الضمان.

وأمَّا حالة إعسار المعتق فإن شاء الساكتُ أعتق؛ لبقاء ملكِه في الباقي، وإن شاء ٱستسعىٰ لما بيَّنَّا، والولاءُ له في الوجهين؛ لأنَّ العتقَ كلَّه في نصيبه واقعٌ من جهته، ولا يرجع المستسعىٰ على المعتق المعسر بما أدىٰ إلى الساكت بالإجماع، أما عنده[1] فلأنه ساعٍ في فكاكِ رقبتهِ؛ لأنَّه كالمكاتب، وأمَّا عندهما[1]؛ فلأنه لا يقضي دينًا على المعسر؛ لأنه لا شيء عليه لإعساره، بخلاف المرهونِ إذا أعتقه الراهنُ المعسرُ، حيث يسعىٰ في رقبته قد فكت أو في قضاء دين على الراهن فيرجع. وقول الشافعيِّ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الموسر كقولهما، وأمَّا في المعسر، فقال ببقاء نصيبِ الساكتِ علىٰ ملكه: ببيعه وبهبته؛ لأنَّه لا وجه إلىٰ تضمين الشريك لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لعدم صدور الجنايةِ منه، وعدم رضاه بالسعاية، ولا إلىٰ إعتاق الكلِّ للإضرار بالساكتِ، فتعيَّن إبقاؤه علىٰ ملكه.

فلنا إلى الٱستسعاء سبيلٌ؛ لأنها تنبني على ٱحتباسِ الماليةِ، وأنه لا يفتقرُ إلى الجنايةِ، وفي إبقاءِ الملكِ جمعٌ بين القوةِ الموجبةِ للمالكية والضعفِ السالبِ لها في المحِلِّ الواحد، فلا يصار إليه.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٩-٣٧٠، و«الكتاب» ٣/ ١١٥-١١٦، و«المبسوط» ٧/ ١٠٤-١٠٥، و«الهداية» ٢/ ٣٣٧-٣٣٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥٩.

(٢) «المهذب» ٢/ ٥، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٤.

فروع: يُعتبرُ اليسارُ والإعسارُ يومَ الإعتاق، حتىٰ لو أعتق وهو موسرٌ فأعسر لا يبطل التضمين، وإن كان معسرًا فأيسر لا يثبت له حقُّ التضمين؛ لأنه حقٌّ يثبت بنفس العتق فلا يتغير، وإن ٱختلفا في ذلك حكِّم الحال، إلَّا إن تطاولَ الزمان بين الخصومة والعتق، وتختلف الأحوال فالقول للمعتق؛ (لأنه منكرٌ، ولو ٱختلفا في قيمة العبد يوم العتق، فإن كان موجودًا قُوِّم للحال، وإن كان هالكًا فالقولُ للمعتق)[١] أيضًا، وإن كان الإعتاقُ سابقًا على الٱختلاف فالقول له أيضًا؛ لإنكاره الزيادةَ، ولو ٱختلفا في القيمة وفي وقت الإعتاق يُحكمُ بالعتق للحال، وعلىٰ هٰذا التفصيل إذا ٱختلف العبدُ والساكتُ في القيمة، ولو مات العبدُ قبل ٱختيار الساكت شيئًا ليس له إلَّا التضمين؛ لأن العتقَ والسعاية فاتا بالموت. وإذا ضمن رجع المعتقُ علىٰ كسب العبد، إن كان له كسبٌ ولو كان المعتق معسرًا[٢] فالساكتُ يرجع في أكسابه؛ لأن السعايةَ تجب بنفس العتق، ولو مات المعتقُ وقد وقع العتق في الصحة فالضمانُ في ماله، وإن كان في المرض فلا شيء في التركة، وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: يؤخذ من تركته. وهو روايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]؛ لأن ضمانَ التمليك لا يختلف بالصحة والمرض.

ولو مات الساكتُ فللورثة أحدُ الخيارات، فإن ٱختار بعضُهم العتقَ وبعضُهم الضمان فلهم ذلك، وروى الحسن عن أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه ليس لهم إلَّا الٱجتماع علىٰ أحدهما، ولو كان الشريكُ مأذونًا له، فإن

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ج): (موسرًا).

(٣) «البحر الرائق» ٤/٢٥٦.

كان مديونًا والمعتقُ موسر فله خيارُ التضمين والسعاية، وإن لم يكن مديونًا، فالخيارُ للمولىٰ، وإن كان الشريك صبيًّا وله وليٌّ أو وصيٌّ، فإن شاء ضمن وإن شاء ٱستسعىٰ، وإن لم يكن له وليٌّ ينتظر بلوغه أو ينصِّبُ القاضي له وليًّا، وهٰذا أصلٌ كبير تبتنىٰ عليه مسائلُ العتق وغيره.

قال: (ولو شهد كلٌّ منهما على الآخر بالعتق، فالعبدُ يسعىٰ في نصيبِ كلٍّ منهما مطلقًا. وقالا: إن كانا معسرين أو أحدَهُما لا موسرين، والولاءُ لهما. وقالا: موقوف).

إذا شهد كلٌّ واحدٍ من الشريكين علىٰ صاحبه بعتق نصيبه.

قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: يسعى العبدُ لكلِّ واحدٍ منهما في نصيبه مطلقًا، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدُهما موسرًا والآخرُ معسرًا والولاءُ لهما، وهٰذا بعد أن يحلفَ كل واحدٍ منهما علىٰ دعوىٰ صاحبه؛ لأن كلًّا منهما يدَّعي العتق علىٰ صاحبه، ووجوبُ الضمان عليه أو السعايةِ على العبد والآخرُ ينكرُ، فيحلف كلٌّ منهما لصاحبه.

وقالا[1]: إن كانا موسرين فلا سعايةَ، وإن كانا معسرين سعىٰ لهما، وإن كان أحدُهما موسرًا والآخرُ معسرًا سعىٰ للموسر منهما لا للمعسر، والولاءُ موقوفٌ حتىٰ يتفقا علىٰ إعتاقِ أحدهما.

لهما: أنهما إذا كانا موسرين فإن كلًّا منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان علىٰ صاحبه؛ لأن يسارَ المعتق يمنعُ الٱستسعاءَ عندهما، إلَّا أنَّ الدعوىٰ لم تثبتْ بسببِ إنكار الآخر، والبراءةُ قد تثبت بسببِ إقراره علىٰ

(١) «الكتاب» ٣/ ١١٧، و«المبسوط» ٧/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٦-٧٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٧، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٦٠-٦٦١.

نفسه، وأما إذا كانا معسرين فكلٌّ واحدٍ منهما يدعي السعايةَ على الآخر لإعساره، وإن كان أحدُهما موسرًا والآخر معسرًا فإنه يسعىٰ للموسر؛ لأنه لا يدعي الضمانَ علىٰ صاحبه لإعساره، وإنما يدعي عليه السعايةَ ولا يتبرأ منها، ولا يسعىٰ للمعسر لأن المعسر يدَّعي الضمانَ على الآخر ليساره، فيكون مبرئًا للعبد عن السعاية، والولاءُ موقوفٌ؛ لأن كلًّا منهما يحيله علىٰ صاحبه /٧٦ب/ وصاحبُهُ يتبرَّأُ عنه فيتوقف إلىٰ أن يتفقا، وله أن كلًّا منهما يزعم أن صاحبَهُ أعتق نصيبَه، فكان مكاتبًا في زعمه عند أبي حنيفة رحمه الله[1] وحرم عليه الاسترقاقُ فيصدق في حقِّ نفسه فيمتنع (عليه)[2] استرقاقُه ويستسعيه للتيقن بحقِّ الاستسعاء، كاذبًا كان أو صادقًا؛ لأنه مكاتبه إن صدق ورقيقه إن كذب، ولا يختلفُ باليسار والإعسار؛ لأن حقَّ الشاهدِ حالتي اليسار والإعسار في التضمين والسعاية، وإن كانت له حجةٌ وإلا تعينت السعايةُ، فإن يسارَ المعتق لا يمنع السعايةَ عنده، والتضمينُ متعذرٌ؛ لإنكار الشريك فتعين الآخرُ والولاء لهما؛ لأن كلًّا منهما يقول: عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق نصيبي بالسعايةِ وولاؤه لي.

قال: (وشهادتُهما على الشريك الحاضرِ بعتق الغائبِ نصيبه مردودة).

إذا شهد شاهدان على الشريكِ الحاضر، بأن الشريكَ الغائب أعتق

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١١٧، و«المبسوط» ٧/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٣٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٦-٧٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٧، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٦٠-٦٦١.

(٢) من (ب)، (ج).

نصيبه من هٰذا العبد المشترك بينكما، والحاضرُ ينكره لم يقض به[١].

وقالا[١]: يُقضىٰ به. وهٰذا الخلافُ مبنيٌّ علىٰ تجزيء الإعتاق وعدمه، فعندهما الإعتاق لا ينجزأ فكانت هٰذِه شهادة علىٰ عتق نصيب الحاضر فيقضي (بها)[٢] وعنده يتجزَّأُ فكانت شهادة على الغائب بعتق نصيبه فلم يقض بها؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

قال: (وإذا ٱشتريا ابن أحدِهما فنصيبُ الآخر غيرُ مضمونٍ على الأب مطلقًا، وكذا إذا ورثاه، وللشريكِ العتقُ أو السعايةُ وضمناه في الشراء مع اليسار واستسعيا مع الإعسار).

إذا ٱشترك رجلان فاشتريا قريبَ أحدِهما ممن يعتق عليه بالشراء، فعتقَ نصيبَه لا يضمن لشريكه شيئًا، سواء علم أنه ابن شريكه أو لم يعلم، وكذلك إذا ورثاه، وإنما له أن يعتقَ نصيبَه أو يستسعى العبد لا غير[٣].

وقالا[٣] في الشراء: يضمن الأبُ نصفَ قيمته إنْ كان موسرًا، ويسعى العبدُ في نصف قيمته لشريك أبيه إن كان معسرًا. فكذلك إذا ملكاه بهبةٍ أو صدقةٍ أو وصية، ومن صورة الإرثِ رجلٌ تزوج أمةَ ٱمرأةٍ، فأتتْ منه بولدٍ، ثم ماتتْ وتزوَّجَ سيدةَ الأمة، ثم ماتت وتركتْ أباها وهٰذا الزوجَ، فإن الغلامَ يكون ميراثًا لأبيه وأبيها، فيعتق (نصيبه)[٤]؛ لأنه ابنه. لهما

---

(١) «المبسوط» ٧/ ١٢٤، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ١٧.

(٢) في (ب): (به).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١١٦، و«المبسوط» ٧/ ٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٨-٧٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٥٩.

(٤) في (ب)، (ج): (نصيب الزوج).

أنه أبطل نصيبَ شريكه بالإعتاق من حيث إن شراءَ القريب إعتاقٌ، وصار كما لو كانا أجنبيين، فأعتق أحدُهما نصيبَه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه حيث شاركه في علةِ العتق وهو الشراءُ؛ لأنَّ شراءَ القريب إعتاقٌ، فينزل منزلةَ الإذن له صريحًا فلا يضمنه، وهٰذا الضمانُ ضمانُ (إفساد)[1] لا ضمانُ تملكٍ في ظاهر قولهما وهو ظاهرُ الرواية عنه أيضًا، أما عندهما؛ فلأنه يختلفُ الحالُ باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا يختلف الجوابُ بين العلم وعدمِه، وأما عنده؛ فلأن الحكم يُدارُ على السبب وهو الشركةُ في الشراء فلا يتوقف على العلم، كما إذا أمر غيرَهُ بأكل طعام هو له ولا يعلم أنه ملكه، وضمانُ الإفساد إذا كان بطريق المباشرة قصدًا له لم يختلف باليسار والإعسار، وإذا كان بطريق التسبيب فيختلفُ، فإن كان موسرًا كان (متعديًا؛ لأن لإحرازِ الثواب طريقًا آخرَ سوىٰ هٰذا فيلزمه الضمانُ؛ لأن ضمانَ التسبيب يعتمدُ التعدي، وإن كان معسرًا لم يكن)[2] متعديًا في إعتاق نصيبه[3]؛ لأنه لا طريق له لإحراز ثواب العتق إلَّا هٰذا فلم يضمن.

تفريع: فلو بدأ الأجنبيُّ فاشترى النصفَ، ثم ٱشترى الأبُ نصفَهُ الآخَر وهو موسرٌ فالأجنبيُّ بالخيار إن شاء ضمن الأب؛ لأنه لم يرض بإفساد نصيبه، وإن شاء ٱستسعى الأبنُ في نصف قيمته؛ لاحتباس ماليته عنده، وهٰذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4]؛ لأن اليسارَ لا يمنع السعايةَ.

---

(١) في (ب): (إسقاط).

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) في (ج): (نفسه).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

وقالا[١]: لا خيارَ له ويضمن الأبُ نصفَ قيمته؛ لأن يسارَه يمنع السعايةَ عندهما، وإذا ٱشترىٰ نصفَ ابنه ممن يملك كله فلا ضمانَ على الأب للبائع عنده؛ لما مرَّ أن المشاركةَ في السبب هو شراءُ القريب، والشراءُ لا يتمُّ بدون البيع.

قال: (ولو علَّقا عتقَهُ بشرطين متنافيين في محلٍّ واحدٍ وجهل وجودَهُ عُتق نصفُه وعليه السعايةُ في الباقي لهما مطلقًا، ويوافق إن كانا معسرين لا موسرين. ويأمر بها (للموسر منهما في ربع قيمته، وأوجبها في كله إن كانا معسرين لا موسرين، وأمر بها للموسر)[٢] في نصفه).

رجلٌ قال لعبدٍ مشتركٍ بينه وبين آخرَ: إن دخل فلان هٰذِه الدار غدًا فأنتَ حرٌّ. وقال شريكُه: إن لم يدخل فلانٌ هٰذِه الدارَ غدًا فأنت حرٌّ. فمضى الغدُ، ولا يدري أنه دخل أم لا عُتِقَ نصفُه بغير سعايةٍ، وهو النصفُ الذي تحقق شرط عتقه وسعىٰ في قيمة نصفه لهما، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدُهما موسرًا والآخرُ معسرًا (لعدم الأولويةِ)[٣].

وقال أبو يوسف رحمه الله[١]: إن كانا موسرين فلا سعايةَ وإن كانا معسرين سعىٰ في نصفِ قيمته لهما، وإن كان أحدُهما موسرًا والآخرُ معسرًا سعىٰ في ربعِ قيمته للموسر.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) في (ب): (عند أبي حنيفة).

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ[١]: يسعىٰ في كلٍّ قيمته لهما إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين فلا يسعىٰ أصلًا.

وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا يسعىٰ في نصف قيمته للموسر، وهٰذا بناءً علىٰ تجزيء الإعتاق وعدمه /٧٧أ/.

وعلىٰ أن يسارَ المعتق يمنعُ السعايةَ عندهما، وعنده لا يمنع، إلَّا أن محمدًا رَحِمَهُ اللهُ[٢] خالف أبا يوسف[٢] حيث أوجبَ كلَّ السعايةِ؛ لأن المقضَىٰ عليه بسقوط السعايةِ مجهولٌ، والقضاءُ على المجهول لا يصحُّ، وصار كما إذا قال لغيره: لك علىٰ أحدنا ألفُ درهمٍ. فإنه لا يقضىٰ شيءٌ للجهالة، فكذا هٰذا.

ولهما: أنا تيقنَّا بسقوط نصف السعاية؛ لأن أحدَهما حانثٌ بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف يمتنع القضاءُ بوجوب الكلِّ، وهٰذِه الجهالةُ ترتفع بالشيوع والتوزيع، كما إذا أعتق أحدَ عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه، ومات قبلَ التذكرِ والبيان، وكمن طلَّق إحدىٰ نسائه الأربع قبلَ الدخولِ، ثمَّ مات قبلَ البيان يسقط نصفُ الصداق للتيقن به، وإن كان المقضي عليها مجهولًا، ولٰكن لمَّا كان المقضي له معلومًا جاز القضاءُ به، وههنا المقضىٰ له بسقوط نصفِ السعاية معلومٌ وهو العبدُ، فيجوزُ القضاءُ به وإن كان المقضىٰ عليه مجهولًا.

والفرقُ بين مسألتنا والإقرار أن جهالةَ المقضىٰ عليه بسقوط السعاية بناءً علىٰ جهالة من قُضي عليه بالعتقِ، وجهالةُ المقضي عليه بالعتق

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٤٠-٣٤١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٩.

(٢) «المبسوط» ٧/ ١١٧-١١٩، و«الهداية» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٧، و«درر الحكام» ٢/ ٨.

لا تمنع ثبوتَه (ابتداءً)[١] إجماعًا، فكذا ما كان بناءً عليه بحكم التبعية (بخلاف)[٢] الإقرارِ، لأنه لو صحَّ ووجبَ به المالُ لوجب ٱبتداءً مع جهالة المقضي عليه، واعتبارُ الحكم البنائي بالابتدائي فاسدٌ، ولو كان حلفا علىٰ عبدين كل واحدٍ منهما لأحدِهما لم يعتق واحدٌ منهما؛ لأن المقضي عليه بالعتق مجهولٌ. وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالةُ فامتنع القضاءُ، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلومٌ، فغلب المعلومُ المجهولَ[٣].

قال: (ولو ٱدَّعىٰ مشتريه أن البائعَ كان دبَّره فأنكر ثم جنى العبدُ فالحالُ موقوفٌ، وقالا: يسعىٰ).

رجلٌ ٱشترىٰ عبدًا، ثم ٱدَّعىٰ على البائع أنه دبره قبل البيع وأنكر البائعُ ذلك، ثم جنى العبدُ جنايةً فالحالُ موقوف.

وقالا[٤]: يقضىٰ بموجب الجنايةِ في كسبه.

لهما: أن موجبَ جنايته على المولىٰ وكسبه مال المولىٰ، فإذا جعلناه في كسبه فقد جعلناه في مالِ المولىٰ.

وله: أنَّ موجبَ جنايته على المولىٰ وهو مجهولٌ، والقضاءُ على المجهول متعذرٌ.

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (بحكم).

(٣) «المبسوط» ٧/ ١١٧-١١٩، و«الهداية» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٧٧، و«درر الحكام» ٢/ ٨-٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٨.

(٤) «المبسوط» ٧/ ١٢٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٠.

قال: (ولو حلف بعتقه أنَّ قيده رطلان وأن لا يُحل فشهد ٱثنان أنه رطلٌ فحكم به، ثم حلَّ عن رطلين فالضمانُ عليهما).

رجلٌ قيد عبده، ثم حلف بعتقه أن قيدَه عشرةُ أرطال من الحديد، ثم حَلِفَ بعتقه أن لا يحله هو ولا غيره، ثم شهد شاهدان أن قيَدهُ خمسةُ أرطالٍ لا غير فحكم القاضي بعتقه، ثم حلَّ عن قيدِهِ فإذا هو عشرةُ أرطالٍ من الحديد، فظهر أنهما كاذبان.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: يضمنان قيمةَ العبدِ للمولىٰ.

وقالا: لا يضمنان.

وهٰذِه المسألةُ فرع[٢] نفوذ قضاء القاضي بشهادةِ الزورِ باطنًا وظاهرًا عنده خلافًا لهما. وسيأتي في أدب القاضي، فهما يقولان إنه لم يعتق باطنًا بهٰذا القضاءِ المبنيِّ علىٰ شهادتهما الكاذبة، وإنما عتق بحلِّه عن القيد فلا يضمن الشاهدان. وهو يقولُ أنه عتق بهٰذا القضاء، والشاهدان هما اللذان أوقعا القاضي وألجآه إلى القضاءِ، وإذا نفد قضاؤه باطنًا لم يعتق بالحلِّ عنده فيضمن الشهودُ، وعندهما هو عبد إلىٰ أن حل عنه، وإنما لم يضمن الشهود وإن كان الحلُّ بسعيهما؛ لأنَّ الحلَّ شرطُ (العتق)[٣] والحكمُ لا يضاف إلى الشرط وإنما يضاف إلى السبب، والسبب هٰهنا قولُ المولىٰ: إن حلَّ عن القيد فهو حرٌّ.

---

(١) «المنظومة» لوحة (٣٦)، و«المبسوط» ٧/ ٧٦-٧٩.

(٢) في (ب): (من فروع).

(٣) غير واضحة في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

قال: (ولو حكم به بشهادتهما ثم رجعا فضمنا، فشهد آخران به قبله فهي مردودةٌ).

إذا شهد شاهدان (بعتق عبدٍ فقضى القاضي بعتقه، ثم رجعا عن شهادتهما وأخذ المولى الضمانَ منهما، ثم شهد شاهدان)[1] بإعتاقه قبل شهادتهما لا تقبل شهادتُهما، ولم يبطل الضمانُ عنهما عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

وقالا: يسقط الضمانُ عنهما.

وهٰذِه المسألةُ بناءً علىٰ أصلين:

أحدهما: ما تقدم من أن القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده.

والثاني: أن الدعوىٰ شرطٌ من العبد في العتق دون الأَمَةِ علىٰ ما ستقف عليه عقيب هٰذِه، فعنده لما قضى القاضي بصدور الإعتاقِ منه يوم الجمعةِ مثلًا، فقد حكم بإزالة ملكه عنه حينئذٍ، وذلك يستلزمُ قيامَ ملكه في العبد حينئذٍ، إذِ الإزالةُ تستلزم وجود المزال، فيتضمن قضاؤه ثبوتَ الملك له فيه إلىٰ يوم الجمعةِ، فيثبت ظاهرًا وباطنًا، فإذا رجعا فقد ٱعترفا بإتلافِ ملكه في نفس الأمرِ بشهادتهما فيضمنان، ولا يسمع منهما خلاف ذلك، فلا يسوغ تشبههما بشهادة الآخرين بالإعتاق يوم الخميس، وعندهما لما لم ينفذ القضاءُ باطنًا لم يثبت ملكه /٧٧ب/ فيه إلىٰ يوم الجمعة فلم يكونا معترفين بإتلافه عليه في نفس الأمر بشهادتهما، بل في ظنِّ القاضي.

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص٧١، ١٧٥، و«مختصر الطحاوي» ص٣٤٨، و«فتح القدير» ٧/ ٤٩١، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٢٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٧.

فإذا أرادا[١] إظهارَ الخطأ في ظنه بإقامة الشهادة علىٰ (العتق يومَ الخميسِ ساغ لهما ذلك؛ دفعًا للضرر عنهما؛ ولأن الدعوىٰ عنده شرطُ إقامة الشهادة علىٰ)[٢] عتق العبد، والعبد حر في الحال ظاهر الحرية في حق الكافة، حتىٰ لا تُسمَعُ دعوىٰ أحدٍ فيه أنه (عبده)[٣] لم يمكنه دعوىٰ صدور العتق منه يوم الخميس، وليس لغيره ولايةُ دعوىٰ حريته لا علىٰ وجه النيابة عنه؛ لأنها لم تُسمعْ من العبد، فكذا من نائبِه ولا علىٰ أنه فضولي؛ لأن دعوى الفضولي لا تُسمعُ في كلِّ ما يشترط فيه دعوى العباد، وعندهما لما لم تتوقف الشهادةُ على العتق علىٰ دعوى العبدِ صحتْ إقامةُ البينة به، فيثبت بشهادتهما أن العتق كان واقعًا يوم الخميس، فلم يكونا متلفين ملكه فيه فلا يجب عليهما الضمان.

قال: (ودعوى العبدِ لا الأمةِ في الشهادة بعتقه شرطٌ).

وقالا[٤]: دعواه ليست بشرط لإقامة البينة بعتقه؛ لأن العتقَ حق الله تعالىٰ لكونه مندوبًا إليه شرعًا، فلا يفتقر بإثباته إلىٰ دعوى العبد؛ لقيام دعوى الشرع لحقِّه دائمًا، كما في سائر الحقوق الشرعيَّةِ، وكما في عتق الأمةِ.

وله[٤]: أن الرقَّ حق الله تعالىٰ لما مرَّ فلا يكون زوالُه حقًّا له أيضًا؛ لاستحالةِ ٱستحقاق كلا النقيضين، أو لأن العبدَ هو المنتفعُ بالعتق فيكون

---

(١) في (ج): (ظهر).

(٢) ساقطة من (ب) و(ج).

(٣) غير واضحة والمثبت من (ب)، (ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٤٥، ٣/ ١٩٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٥١-٢٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٧٢.

حقَّه، فتشترط دعواه كسائر حقوق العباد، والفرقُ بين العبدِ والأمة أن عتقَ الأمةِ يستلزم تحريم الفرج، والحرمةُ حقُّ الشرع؛ ولهٰذا لا تقبل الشهادةُ عنده علىٰ (عتق)[(١)] إحدى الأمتين؛ لأن العتقَ المبهمَ لا يفيد حرمةَ الفرج.

قال: (وهي علىٰ عتقِ أحدهما أو إحداهما مردودةٌ).

إذا شهد شاهدان علىٰ رجل أنه أعتق أحدَ عبديه فالشهادةُ باطلةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله[(٢)]، إلَّا أن يكونَ في وصية ٱستحسانًا، ذكره في العتاقِ، ولو شهدوا أنه طلَّقَ إحدىٰ نسائه جازت الشهادةُ بالإجماع، ويجبر علىٰ أن يطلقَ إحداهن.

وقال أبو يوسف[(٢)] ومحمد[(٢)] رحمهما الله: الشهادةُ في العتق مثلُ ذلك، ويؤمر بأن يعتقَ أحدَهما.

وأصلُ هٰذِه المسألة ما سبق أن الدعوىٰ شرطٌ عنده، وعندهما تقبل، فإذا كانت شرطًا عنده لم تقبل بعتق أحدِهما؛ لأن الدعوىٰ من المجهول لا تتصور، وعندهما ليست بشرط فصحتِ الشهادةُ، أما في الطلاقِ فعدم الدعوىٰ لا يوجب خللًا في الشهادة؛ لأنها ليست بشرطٍ فيها؛ لاشتمال الطلاقِ علىٰ تحريم (البضع)[(٣)] وحرمتُه حقُّ الله تعالىٰ، وإذا شهدا علىٰ عتق إحدىٰ أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت الدعوىٰ ليست بشرط في عتق الأمة الواحدة؛ لأن عدمَ الٱشتراط كان ليضمن تحريمَ الفرجِ فشابه الطلاقَ، والعتقُ المبهمُ لا يوجب تحريمَ الفرجِ عنده كما

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «المبسوط» ٧/ ٩٨-٩٩، و«الهداية» ٢/ ٣٤٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٥١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٧٢.

(٣) في (ب): (الفرج).

ستقف عليه عقيب هٰذِه، فصار كالشهادةِ علىٰ أحد العبدين، وهٰذِه من الزوائد.

قال في «الهداية»[١]: وهٰذا كلُّه إذا شهدا في صحته علىٰ أنه أعتق أحدَ عبديه، أما لو شهدا أنه أعتق أحدَهما في مرض موته، أو شهدا علىٰ تدبيره في صحته أو مرضه، فأداءُ الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة يقبل ٱستحسانًا؛ لأن التدبير حيثُ ما وقع وقع وصيةً، والعتقُ في مرض الموت وصية، والخصمُ في الوصية إنما هو الموصي وهو معلومٌ، وعنه حلف وهو الوصي أو الوارث؛ ولأن العتقَ يشيعُ بالموت فيهما فصار كلٌّ منهما خصمًا متعينًا.

قال: (ووطءُ إحداهما لا يكون بيانًا).

إذا أعتق الرجلُ إحدىٰ (أمتيه)[٢] ووطئ إحداهما لا يكون وطؤه لها بيانًا أن الأخرىٰ هي المعتقة[٣].

وقالا[٣]: يكون بيانًا وتعتق الأخرىٰ، وهٰذا إذا لم تعلق منه بولدٍ، فإن وطئها فعلقت منه بولدٍ كان بيانًا بالاتفاق؛ لأنها صارت أمَّ ولده، ومن ضرورة صحة أمية الولد ٱستحقاقُ العتق بها (واستحقاق)[٤] العتق بأمية الولدِ تنفي العتق المنجَّز عنها، وإذا ٱنتفىٰ عن إحداهما تعين في الأخرىٰ، لزوال المزاحمة.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٤٦.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٥، و«المبسوط» ٧/ ٩٨، و«الهداية» ٢/ ٣٤٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٧، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ١٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٥١.

(٤) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

لهما: أنَّ الإقدامَ علىٰ وطءِ هٰذِه دليلُ الحل، فيستلزم بقاء ملك اليمين فيها ضرورةَ عدم ملك النكاحِ، فيكون وطؤها بيانًا للعتق في الأخرىٰ ضرورةَ تعين هٰذِه، لبقاء ملك اليمين فيها، كما في الطلاقِ، وكما لو باع إحداهما باتًا أو بشرط الخيار لأحدهما، أو رهن وسلم أو وهب وسلم أو تصدق وسلم أو آجر أو كاتب أو أوصىٰ أو ساوم أو دبر أو أعتق.

وله أن الوطءَ في ذاته ليس ببيانٍ -وهٰذا ظاهرٌ- ولا يستلزم؛ لأن الحلَّ في هٰذِه لا يستلزمُ بقاءَ ملك اليمين له فيها؛ لجواز ٱستفادة الحلِّ بالنكاح، بخلاف الطلاقِ المبهم؛ لأن حلَّ الوطء يستلزمُ قيام ملك المتعة فيها؛ لانحصار الحلِّ فيه، فتعينت الأخرىٰ للطلاق. وبخلاف ما ٱستشهدا به من الأحكام؛ لأن نفاذَ تلك التصرفاتِ يستلزم قيامَ ملكِ اليمين؛ لعدم تصورها دونه، فتنزل منزلة الصريح بأنها هي المملوكة له بملك اليمين تنزيلًا للدلالة منزلة الصريح عند قيام الدليل /٧٨أ/ وهو الملازمة.

ووجه آخر في الفرق بين الطلاقِ المبهم والعتقِ المبهم، أنه وقع التعارضُ بين المقتضي لإباحةِ وطئها والمقتضي لاختصاصِ الحرمةِ بإحداهما وبيانُ ذلك أن مرادَ الزوج إن (كان إحداهما)[1] عينًا لم (يجوز)[2] له وطؤهما جميعًا، وكان البيانُ إظهارًا وإن لم يرد إحداهما عينًا يجوز له وطؤهما جميعًا، ويكون تعليقًا للطلاق بالبيان كأنه قال: إحداكما طالقٌ علىٰ أن يكون التعيين (إليه)[3]، فيكون بيانُه إنشاءً علىٰ هٰذا التقدير، فيجوز له وطؤهما جميعًا، وإذا وقع التعارضُ بين دليلي

---

(١) كذا في الأصل والسياق يقتضي: كان أراد إحداهما.

(٢) من (ج).

(٣) من (ج).

الحرمةِ والإباحةِ في حقِّ كلٍّ منهما قبل البيانِ أثبتنا حرمةَ كلٍّ منهما لمكان الشبهة، فإنها ملحقةٌ بالحقيقة في الحرماتِ، وأما في العتقِ المبهم وقع التعارضُ أيضًا فاقتضىٰ حرمةَ وطئهما جميعًا كما في الطلاق المبهم، إلَّا أن الحكم الأصليَّ في الطلاق هو الحرمةُ، والحكمُ الأصلي في الإعتاق إزالة ملك اليمين وزوال الحلِّ، وثبوتُ الحرمةِ بطريق التبعية لا بالأصالة، فكان الإعتاقُ في إثباتِ الحرمةِ أحطَّ رتبة من الطلاقِ، فانقلب ما كان شبهةً في الطلاقِ شبهة الشبهة في العتقِ، والمعتبرُ هو الشبهة دون النازلِ عنها[1].

قال: (ولو قال لعبديه أحدكما حرٌّ. ثم باع أحدهما أو دبَّره أو ماتَ عُتقَ الآخر).

رجل قال لعبديه: أحدُكما حرٌّ. فباعَ أحدَهما (أو ماتَ أحدُهما)[2]، أو قال له: أنت حرٌّ بعد موتي. عُتقَ الآخر؛ لأنه بالموتِ لم يبق محلًّا للعتقِ أصلًا، وبالبيع لم يبق محلًّا للعتقِ من جهته، وبالتدبير ٱستحقَّ الحريةَ بجهة التدبير فلم يبق محلًّا للعتقِ من كل وجهٍ، والعتقُ المبهمُ بمنزلة العتقِ المعلَّقِ بالبيانِ في حقِّ المحلِّ لا في حقِ الموقع؛ لأنه لو مات شاع العتقُ فيهما، أما في حقِّ المحلِّ لم يقع في واحدٍ معين، فإذا أبطل محليةَ أحدِهما تعين[3] الآخر؛ لأنه لم يبق محلًّا للبيان، إذ في البيان جهة إنشاء العتق؛ ولأنه بالبيع قصدَ الوصولَ إلى الثمنِ، وبالتدبير قصد بقاءَ ٱنتفاعهِ به إلىٰ حين موتِه، والمقصودان ينافيان العتق

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٥، و«الهداية» ٢/ ٣٤٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٧، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ١٩.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) في (ب): (تعلق).

الملتزم فتعين الآخر دلالةً، وكذا إذا ٱستولدَ إحدى الأمتين؛ لأنه قصد إبقاءَ الأنتفاعِ بها إلىٰ موتِه، ولأنها لم تبق محلًّا للعتقِ من كل وجهٍ، (وحكم الإيجابِ العتق من كل وجهٍ)[1]، ولا فرق بين البيع الصحيحِ والفاسد مع القبض أو بدونه، والمطلق وشرط الخيار لأحد العاقدين؛ لأن قصدَه لوصولِ الثمنِ لا يختلف بوجوهِ البيع، ولو عرضه على البيع فهو كالبيعِ فيما رُوي عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، والهبة والصدقة مع التسليمِ فيهما كالبيع لأنه تمليكٌ[3].

قال: (ولو قال: أحدكما حر فخرج أحدهما ودخل ثالث، فأعاده[4] ومات مجهلًا أفتىٰ بعتق ربع الداخل وهما بنصفه وعتق نصف الخارج وثلاث أرباع الثابت، وإن قاله في المرض قسم الثلث علىٰ هٰذا).

رجل قال لعبدين من عبيده دخلا عليه: أحدُكما حر. فخرج أحدُهما وثبت الآخر ودخل ثالث، فقال: أحدكما حر. وماتَ قبل البيان فيعتق من الداخل آخرًا نصفه عند أبي حنيفة[5] وأبي يوسف[5] رحمهما الله.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[5]: يعتق ربعُه.

---

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٤٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٣-٤٧٥، و«الهداية» ٢/ ٣٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٠-٢٥١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٦-٨٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٢.

(٤) في (ب): (فادعاه).

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٤٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٤-٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ١٠-١١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٦٤-٤٦٥، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٢٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٢١-٥٢٢.

وأجمعوا أنه يعتقُ من الخارج نصفه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه؛ لأنَّ الإيجابَ الأول دائر بين الخارج والثابتِ، فأوجبَ عتق رقبة بينهما؛ لاستوائهما فيصيب كلاًّ منهما النصف، والإيجابُ الثاني أيضًا دائرٌ بين الثابتِ والداخل فينتصفُ بينهما أيضًا، إلَّا أنَّ الثابتَ ٱستحقَّ نصفَ الحريةِ بالإيجابِ الأولِ، فشاعَ النصفُ المستحقُّ بالإيجاب الثاني في نصفيه، فما أصابَ المستحق بالأول لغىٰ، وما أصابَ النصفَ الثاني بقي فيكون له الربع، فتمَّت له ثلاثةُ الأرباع، ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه الباقي، ولو أريد به الداخل لا يعتق هٰذا النصف، فينتصف فيعتق منه الربعُ بالثاني والنصفُ بالأولِ، ومحمد يقول: إنَّ الإيجابَ الثاني دائر بين الثابتِ والداخل، ثم ما أفاد الثابت إلَّا عتق الربعِ بين الثابتِ والداخل لكل واحد ربع عتق رقبة، وهما يقولان: الإيجابُ الثاني أفادَ عتقَ رقبةٍ بين الداخل[1] والثابت، وأصاب الثابتُ نصفَه، لكنَّ نصفَ ذلك النصف الذي أصابَ الثابتَ وقع فيما عتق فلا يظهر أثره، ونصفه وقع فيما لم يعتق فظهر أثرُه على الوجهِ الذي بينَّاه، ولا ٱستحقاق للداخلِ من قبل، فيثبت فيه النصفُ.

وأمَّا إذا وقعَ منه ذلك في المرض، فإنَّ الثلث يقسَّم علىٰ هٰذِه (القسمة وذلك)[2] بأن يجمعَ جميعَ سهام العتقِ وهي سبعةٌ علىٰ قولهما؛ لأنَّا نجعل كلَّ رقبةٍ علىٰ أربعةٍ (أسهمٍ لحاجتِنا إلىٰ)[3] ثلاثة الأرباعِ، فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهمٍ، ومن كلِّ واحدٍ من الآخرين سهمان، يبلغ سهام العتق

(١) في (ب)، (ج): (الخارج).
(٢) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).
(٣) في (ب)، (ج): (سهام).

سبعة، (والعتق في)[١] مرضِ الموتِ وصية ومحل نفاذِها الثلثُ، فلابدَّ أن يجعلَ سهامَ الورثةِ ضعفي ذلك، ويجعل كلَّ رقبةٍ علىٰ سبعةِ أسهم؛ لتخرجَ سهام العتقِ من الثلثِ، فجميعُ المالِ أحد وعشرون، فيعتق من الثابتِ ثلاثة أسهم، ويسعىٰ في أربعة، ومن الباقين من كل واحد /٧٨ب/ منهما سهمان، ويسعىٰ في خمسةٍ، فاستقامَ الثلثُ والثلثانِ أربعةَ عشرَ سهمًا، (سهم)[١] السعايةِ وسبعة سهام العتق.

وعند محمد[٢] رحمه الله يجعل كلَّ رقبةٍ علىٰ ستةِ أسهم؛ لأنَّه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهامُ العتق بسهمٍ، فصار جميعُ المالِ ثمانيةَ عشرَ سهمًا، وباقي التخريجِ ما مرَّ، وهٰذِه من الزوائدِ.

قال: (ولو أعتق عبيد الثلاثة في المرض وهم ماله وقيمتهم سواء عتق من كلٍّ ثلثه ويسعىٰ في ثلثي قيمته للورثة ولا يقرع).

(مريض مرض الموت أعتق في مرضه عبيده الثلاثة، ولا مال له غيرهم وقيمتهم سواء، ولم يجز الورثة عتق من كل عبد ثلثه، ويسعىٰ في ثلثي قيمته للورثة)[٣][٤].

---

(١) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٤٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٨٤-٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ١٠-١١، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٦٤-٢٦٥، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٢٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٢١-٥٢٢.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «المبسوط» ٧/ ٧٥، و«فتح القدير» ٤٩٤-٤٩٥.

وقال الشافعي رحمه الله[١]: عتق واحد (منهم)[٢] ويقرع بينهم، فمن خرجت قرعتُه فالعتقُ له؛ لأنَّ الإعتاقَ في مرضِ الموتِ وصيةٌ، ونفاذها من الثلثِ، والواحدُ هو الثلثُ وهو مبهمٌ يستخرجُ[٣] بالقرعةِ، كما كانَ ﷺ إذا أرادَ سفرًا أقرعَ بين نسائه فيسافر بمن خرجت قرعتُها؛ لأنَّه كان له أن يخرجَ إحداهن وهي مبهمة، وكان يستخرجُها بالقرعةِ.

ولنا: أنَّه أوقع العتقَ على الكلِّ بالسويَّة، فلا وجهَ لإعطاء بعضٍ وحرمان بعضٍ، بل يشيعُ عتقُ واحدٍ في الكلِّ؛ تسويةً بينهم، والقرعةُ كانت لتطييبِ قلوبِ النساءِ، إذ لاحقَّ للكلِّ في السفر ولا لواحدةٍ منهن، وله تعيينُ واحدةٍ منهن بمشيئته، فكانت القرعة لتطييب نفوسِهن لا لتمييز المستحقِّ من غيره.

قال: (ولو قال قن أو مكاتب: ما سأملكه حر فعتقا فملكا مملوكًا فهو قنٌّ).

إذا قال المكاتبُ أو القنُّ: كلُّ مملوكٍ أملكه فيما أستقبل أو أبدأ فهو حر ثم عتق القن، أو أدى المكاتبُ بدلَ الكتابةِ، ثم ملك عبدًا (بعد الحرية)[٤] لم يعتق عند أبي حنيفة[٥] رحمه الله.

وقالا[٥]: يعتق؛ لأنَّ المعلَّقَ بالشرطِ كالمرسلِ عند وجوده، فيصيرُ كأنه قال حينَ ملكَ عبدًا بعد الحريَّة: أنت حر فيعتق، كما لو قال: كلُّ

---

(١) «المهذب» ٢/ ٧، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٦-٢٧٧، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٧.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) في (ب): (يستحق).

(٤) من (ب).

(٥) «الجامع الكبير» ص٥٨، و«المبسوط» ٧/ ١٨٤-١٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٥١.

مملوكٍ أملكه إذا أعتقت فهو حرٌّ، فعتق ثم ملك عبدًا فإنه يعتق، كذا هٰذا. وله أنَّ للعبد المأذون المديون، وللمكاتب نوع ملكٍ مجازىٰ، وهو الثابتُ في الحالِ، وحقيقيّ وهو ما يثبتُ بعد العتقِ والمجازىٰ هو المرادُ؛ لأنَّ اللفظَ مرسل غير معلَّقٍ بشرطِ العتقِ، والمرسلُ لا يحتمل المعلَّقَ لتنافٍ بينهما، ولٰكن يحتمل المقيدَ، وليس هٰذا من باب التقييد، بل من حمل المنجزِ على المعلَّقِ، (فإن تقديره: إذا أعتقت، وحملُ المطلقِ على المقيد يجوز؛ لأنه يحتمله، وحملُ المنجَّز على المعلَّقِ)[1] لا يجوز؛ لعدم ٱحتماله إياه فلم تبق الحقيقة[2] مرادَة، والملكُ المجازىٰ لا يقبلُ العتقَ، وصار كما لو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه فهو حر يتناول القائم للحالِ دون ما يمكله بعد العتقِ، فكذا هٰذا. وقد ذكر في المنظومة أنَّ الحربيَّ لو عَلَّق هٰذا التعليق ثم أسلم فملك ففيه الخلافُ وفيه نظر، فإنَّ الإعتاقَ من الحربي صحيح عندهم تنجيزًا كان أو تعليقًا، ذكره العتابي[3] في «شرح الجامع» وقال: أَمَةٌ حربية لحربي تحت حر أو عبدٍ في دارِ الحربِ أعتقت الأمة، فلها خيارُ العتقِ في مجلس علمها، وهٰذا دليل علىٰ جواز إعتاق الحربي، والمذكور في «السير الكبير»[4] أنَّ إعتاقَ الحربي باطل فتأويله أنه أعتقه ولم يخل سبيلَه وتأويل المذكور هٰهنا (أنه) أعتقه وخلّىٰ سبيلَه، فلذلك تركته في المتنِ.

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ب): (العتق).

(٣) العتابي: أبىٰ نصر أحمد بن محمد العتابي البخاري من علماء الحنفية تفقه بشمس الأئمة الكردي وغيره من مصنفاته: «تفسير القرآن»، و«جوامع الفقه»، و«شرح الجامع الصغير» توفي ببخارىٰ سنة ٨٥٦هـ.

(٤) «شرح السير الكبير» ٤/ ١٥٦.

قال: (ولو قال: إن كلمت زيدًا فأنت حر فادعاه زيد وشهد ابناه بردها وسمعها).

رجل قال لعبده: إن كلمت زيدًا فأنت حر، فادعىٰ زيد أنه كلَّمه بعد التعليق، وشهد ابنا زيد علىٰ ذلك لا تُقبل شهادتُهما عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[1]؛ لأنَّ في ذلك تصديق الأبِ، وهو موضع التهمةِ. وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: تقبل؛ لأنهما شاهدانِ بحريةِ العبدِ ولا تهمةَ في ذلك.

قال: (أو إن تسريتك يضيف طلب الولد إلىٰ ما شرطا من التحصين والوطءِ والتبوئة والمنع من الخروج).

رجل قال لأمتهِ: إن تسريتكِ فأنتِ حرةٌ، فالتسري عند أبي حنيفة[2] ومحمد رحمهما الله هو أن يحصنها، ويبوئها، ويطأها، ويمنعَها من الخروج لخدمةٍ خارج البيتِ، وليس طلبُ الولدِ شرطًا للتسري.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: هو ما قالا مع طلبِ الولد؛ لأنَّ التسري تفعل من السرو، وهو السيادةُ، ومعناه: اتخاذ الأمة سرية، وهي واحدةُ السراري، ومعنىٰ إن تسريتُكِ: إن طلبت أن تسري بالولد مني، كقوله: ﴿ وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ ﴾ [النمل: ٢٠] أي طلبه حالَ فقدِه، فهي فعولة من السَّرْوِ؛ لأنها إنما تسرو وتسود إذا ولدت من مولاها، وهما يقولان: التسرِّي تفعل من المضاعف، لا من المعتل اللام، فهي فعلية من السر الذي (هو الجماع)[3].

---

(١) «المنظومة» لوحة (٨٩)، و«المبسوط» ٧/ ٢٤٠، و«فتح القدير» ٤/ ٥٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٧٤.

(٢) «الجامع الكبير» ص٦٦، و«المبسوط» ٧/ ١٠١، و«فتح القدير» ٥/ ١٦٨-١٦٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٨٠٨.

(٣) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

ومعنى التسرِّي: إعداد الأمة أن تكون موطوءةً، فلا يكون طلبُ الولد داخلا في التسري، وما قالاه هو أولىٰ؛ لأن التغيير علىٰ خلافِ الأصل، فما كان خاليًا عنه كان أولىٰ. والسرية إذا كانت فعلية من السر كان (خاليًا)[1] من التغيير؛ لأنها الفعلُ الملحقُ به /١٧٩أ/ ياء النسبة متبعة بتاء التأنيث، وإذا كان من السرو، فإما أن يكونَ فعولة أو فعيلة، وأيما كان ففيها تغييرات، أما الأولُ: فإنها سروّة، فقلبت الواو المشددة ياءً مشددةً وأبدلت ضمةُ الراء كسرةً وضعفت عين الكلمة، وأما الثاني: فإنها سريوة، ففيها تضعيفُ عين الكلمة، وقلبُ الواو ياءً، واختراع زنة عربية فإنهم قالوا ليس في الكلام فعيل[2].

قال: (أو لأمةٍ غيره إن تسريتُكِ فاشتراها وتسرَّاها ألغينا التعليق).

إذا قال لأمةٍ غيره: إن تسريتُكِ فأنت حرةٌ. فاشتراها وتسرَّاها لم تعتق.

(وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3]: تعتقُ)[4]؛ لأن التسري لا يحلُّ إلَّا في الملك، وكذا الجماعُ، فكان في معنى الإضافة إلى الملك، كقوله: إن ٱشتريتُكِ وتسريتُكِ فأنت حرةٌ. وكقوله لأجنبيةٍ: إن طلقتُكِ فعبدي حرٌّ. في معنىٰ: إن تزوجتُكِ وطلقتُكِ.

ولنا: أن صحةَ التعليق تعتمدُ قيام الملك أو الإضافة إلى الملك،

---

(١) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٨٠٨-٨٠٩.

(٣) «المبسوط» ٧/ ١٠١، و«الهداية» ٢/ ٣٧٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٨٠٩.

(٤) ساقطة من (ج).

كقوله: إن ملكتُكِ ونحوه، وهٰذِه ليست في ملكه وقتَ التعليق، وليس التسري عبارةً عن الملكِ ولا عن سببه، فلم يصح التعليق، كما لو قال لعبد غيره: إن ضربتُكَ فأنت حرٌّ.

وهٰذا لأن التسري (لا يستعمل مكان الملك، ولا مكان سبب الملك. وليس الملكُ من ضرورات نفس التسرِّي ليثبت ضرورةً، لأن التسري)[1] لغةً: هو التحصين والمنع من الخروج عند أبي حنيفة ومحمد[2] رحمهما الله، وليس الملكُ من ضرورتهما كما في ذات الرحم المحرم، والوطءُ شرطٌ عندهما لتمام معناه (عرفًا، وطلبُ الولدِ عند أبي يوسف لتمام معناه)[3] أيضًا، فالتحصينُ والمنعُ من الخروج والوطء مع طلب الولد وبدونه، وقد وجد بدون ملك الرقبة، كما في ملك المتعة، فلم يكن ذكرُ التسري ذكرًا للملكِ بخلاف الشراء؛ لأنه سببٌ لملك الرقبة، وبخلاف إن طلقتُكِ؛ لأن (وزانها)[4] إن تسريتُكِ فعبدي حرٌّ، ولو قال ذلك فتسَّراها بعد الشراء عتق عبده الذي كان ملكًا له حالةَ التعليق، وهٰذِه ليست مملوكةً حالَ التعليق فليست وزانها، ولم يضف عتقها إلىٰ ملك الرقبة، فبطل شرطُ صحةِ التعليق فلغا.

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص٦٩، و«المبسوط» ٧/ ١٠١، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٤-٣٠٥، و«فتح القدير» ٤/ ١٦٩.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) في (ب): (دورانها).

فصل في التدبير

قال: (ولو قال: إذا متُّ فأنتَ حرٌّ، أو حرٌّ عن دبرٍ مني أو مدبر (أو بعد موتي)[١] أو قد دبرتك صار مدبرًا لا يجوزُ إخراجُه عن ملكه إلاَّ بالعتق).

التدبير: تعليقُ العتق بالموت على الإطلاق، وهٰذِه ألفاظُ صريحةٌ في هٰذا المعنىٰ، فإنها لإثبات العتق عن دبر من الإنسان، وكذلك لو قال: أنتَ حرٌّ مع موتي، أو عند موتي، أو في موتي، أو أوصيت لك[٢] بنفسِك أو برقبتِكَ، أو بثلث مالي، أما (مع) فإنها للقران، والشروطُ لابد من تقديمها، فكأنه قال: بعد موتي، وعند موتي تعليقُ العتق بالموت، فيستدعي وجودَه أولًا، وفي موتي تعليقٌ أيضًا؛ لأن حرفَ الظرف إذا دخل على الفعل صيره شرطًا.

وأما الوصيةُ بالرقبة ونحوها؛ فلأن العبد لا يملك رقبةَ نفسِهِ، والوصيةُ تقتضي زوالَ ملك الموصي عما أوصىٰ به، وانتقالَه إلى الموصىٰ له، وأنه في العبد حرية، كقوله: بعتُ نفسَكَ منك أو وهبتها لك.

وأما الوصيةُ بالثلث؛ فلأنه تمليكٌ منه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق، وكذلك لو قال: بسهم من مالي؛ لأنه عبارةٌ عن السدس. ولو قال بجزء من ماله لا يكون مدبرًا؛ لأن الجزءَ مبهمٌ والتعيين إلى الوارث، فلا تكون الرقبةُ داخلةً لا محالة، وإذا صح التدبيرُ فحكمُه أن لا يجوز إخراجُه عن الملك ببيعٍ ولا هبةٍ، لكن بالعتق كما في الكتابة،

---

(١) من (ب).

(٢) في (أ): (إلي).

لقوله ﷺ: «**المدبرُ لا يُباعُ ولا يُوهبُ وهو حرٌّ من الثلث**»[(١)]، والمعنىٰ فيه أنه مملوكٌ تعلق عتقُه بمطلق موت سيده، فلم يجز بيعه كأمِّ الولد، وهٰذا لأن الموتَ كائنٌ لا محالةَ وهو سبب للخلافة، ألا ترىٰ أن الوارثَ يخلف المورثَ بعد موته في تركته وهو بهٰذا التعليقِ يثبتُ للمملوكِ في الحال الخلافةَ في رقبته بعد موته، فيكون إيجابًا في ثاني الحال باعتبار وجود سببه علىٰ وجهٍ يصير محجورًا عن إبطاله، كما أن الموتَ لمَّا كان موجبًا للخلافة للوارث في التركة، وسببه المرض ثبت لهم نوعُ حقٍّ بهٰذا السبب علىٰ وجه صار به محجورًا عن التبرع، وهٰذِه الخلافةُ في العتق الذي لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته، فيتقوىٰ هٰذا السببُ من وجهين، الأول[(٢)]: أن المعلقَ به ما لا يحتمل الإبطال، والثاني: أن التعليقَ بما هو كائن لا محالةَ وأنه يوجب الخلافة، فبهذه القوة قلنا: لم يجز إبطالُه والرجوعُ عنه، ووجهٌ آخرُ وهو أن التدبيرَ إنما صحَّ باعتبار أنه وصيةٌ له برقبة لا من حيث إنه تعليقٌ بدليل أنه يعتق بعد الموت، مع أن التعليقَ بزوال الملك لا يصح، كما لو قال: إن بعتكَ فأنت حرٌّ، والوصيةُ تنعقد سببًا للملك في الحال؛ لأن الإيجابَ متىٰ صحَّ ٱنعقد سببًا للحال، كما إذا /٧٩ب/ نذر أن يتصدق بدرهم غدًا ينعقد سببًا في الحال حتىٰ صحَّ تعجيلُه، ومتى ٱنعقد سببُ ملك الرقبةِ ٱنعقد سببُ العتق، وإذا ٱنعقد سببُ العتقِ ٱنعقد لازمًا، لا يملك فسخَهُ بالرجوع عنه نصًّا فكذا بالبيع،

---

(١) رواه الدارقطني ٤/ ١٣٨، ومن طريقه البيهقي ١٠/ ٣١٤؛ من حديث ابن عمر، وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله.اهـ

قال الألباني في «الضعيفة» (١٦٤): موضوع.

(٢) في (ب): (إحداهما).

ووجهٌ آخرُ في الفرق بين هٰذا التعليق وغيرِهِ، أن هٰذا التعليقَ سببٌ في الحال؛ لأنا لو جعلناه سببًا عند وجود الشرط لكان ٱنعقادُ السبب حالَ بطلان الأهلية، وأنه ينافي ٱنعقادَ السببيةِ، فلم يمكن تأخيرُ السببية بخلاف سائرِ التعليقات، فإن المانعَ من السببية قائمٌ قبل الشرط؛ لأنه يمين، وشرطُ اليمين مانعٌ من وصولِ الكلام إلى المحلِّ، والمنعُ هو المقصود، وأمكن فيها تأخيرُ السببيةِ إلىٰ زمان وجود الشرط؛ لقيام الأهليةِ عند وجوده فافترقا، وقد مرَّتْ هٰذِه المسألةُ في كتاب البيوع[1] مع خلاف الشافعي رَحِمَهُ اللهُ فيها[2].

قال: (ويجوز ٱستخدامهُ وإجارتُه ووطؤها وتزويجها[3]).

لأن هٰذِه التصرفاتِ تستلزمُ قيامَ ملك المتصرفِ وهو ثابتٌ في المدبر والمدبرة[4].

قال: (ويعتق من الثلثِ إن خرج منه وإلا فبحسابه، وإن كان مولاه مديونًا يسعىٰ في كلِّ قيمته).

لأن التدبيرَ وصيةٌ؛ لأنه تبرُّعٌ أضيف إلىٰ ما بعد الموت، والحكمُ غيرُ ثابتٍ في الحال فينفذ من الثلث كسائر الوصايا، حتىٰ إذا لم يكن له مالٌ غيره سعىٰ في ثلثي قيمته، وإن كان على المولىٰ دينٌ يسعىٰ في كلِّ

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٠، و«المبسوط» ٧/ ١٨٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٨٥.

(٢) «الأم» ٨/ ١٦، و«المهذب» ٢/ ٩.

(٣) في (ب): (تزويجهما).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٢٠، و«المبسوط» ٧/ ١٨٣، و«الهداية» ٢/ ٣٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٣-٢٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٨٨.

قيمته؛ لوجوب تقديم الدين على الوصيةِ، ولا يمكن نقضُ العتق فتعين ردُّ قيمته[١].

قال: (ولو قال لعبده ومدبره: أحدُكما حرٌّ والآخرُ مدبَّرٌ، يُفتىٰ بعتق القنِّ وأشاعهما فيهما).

رجلٌ قال لعبده ومدبَّرِهِ: أحدُكما حرٌّ والآخرُ مدبَّرٌ.

قال أبو يوسف رحمه الله[٢]: عتق القنُّ والمدبَّرُ علىٰ حاله؛ لأنه صلح إخبارًا (إن أراد بالأول القنَّ، وإنشاءً إن لم يرد به، فلا يثبت كونُه إنشاءً بالشكِّ، وكونه إخبارًا)[٣] حقيقةً فيحمل عليه كما لو عكس.

وقال محمد رحمه الله: إذا مات من غير بيان يشيع العتقُ فيهما، ويصيرُ نصفُ القنِّ مدبرًا أيضًا، وقيل: هو قول أبي حنيفة رحمه الله، ووجهُهُ أن الإيجابَ الأولَ يقسم عليهما لحاجتهما إلى العتق، وقولُه: (والآخرُ مدبَّرٌ) عطف عليه والأول إنشاءٌ، والثاني صالحٌ لذلك، فيجعل إنشاءً لا إخبارًا؛ لأن قولَه: (والآخرُ مبهمٌ) ضرورة[٤] أنه غير ما هو المراد بقوله: (أحدكما) في الإيجاب الأول، وذلك إنشاء للعتق في المبهم، ومعنىٰ قوله: (والآخر) مستفاد منه فيكون مبهمًا، والمدبرُ المعروف (معينٌ، والمعينُ)[٣] غيرُ المبهم، ولهٰذا لو قال: أحدُكما مدبرٌ والآخرُ حرٌّ عتق القنُّ؛ لأن الأول صالح للإخبار، ولا صارف عنه فحمل عليه،

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٠، و«المبسوط» ٧/ ١٨٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٨٨.

(٢) «الجامع الكبير» ص٢٠٠، و«المنظومة» لوحة (٣٦)، و«مختلف الرواية» ٢/ ١١٠٥.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) في (ب): (صورته).

والثاني: إنشاء للعتق في الآخر؛ لعدم صلاحية الإخبار. وأما في مسألتنا فوجد الصارفُ عن الحمل علىٰ (الإخبار)[١]، وهو كونه معطوفًا علىٰ ما هو إنشاءٌ مع (صلاحيته للإنشاء)[٢].

قال: (ولو أعتق أحدُ الشريكين ودبر الآخر معًا عتق، ويغرمه نصفَ قيمته قنًّا لا مدبرًا).

عبد بين شريكين أعتقه أحدُهما ودبرّ الآخر معًا عتق كلُّه، ويضمن المعتق لشريكه نصفَ قيمته قنًّا عند أبي يوسف رحمه الله[٣]؛ لأن العتقَ أقوىٰ من التدبير فيدفعه، فصار المعتقُ متملكًا نصيبَ شريكه فلزمه ضمانه قنًّا.

وقال محمد رحمه الله[٣]: يضمنُ نصفَ قيمته مدبرًا؛ لأن العتقَ والتدبير ثبتا معًا لوجود سببهما ثم غلب العتقُ على التدبير؛ لكونه أقوىٰ منه فيصير كلُّهُ معتقًا بإعتاقه، فلزمه ضمانُ مالية ما بقي للمدبر في نصيبه بعد التدبير، دون ما أفاء به المدبُر (تدبير نصيبه)[٤] منه.

قال: (ولو أسلم مدبر الذميِّ حكمنا بعتقه بعد السعاية لا قبلها).

ذميٌّ دبر عبدَه الذميَّ، فأسلم العبدُ يحكم عليه (بأن يسعي في قيمته)[٤] لمولاه، ويكون حكمهُ حكمَ المكاتب، فإذا أوفى السعاية عنده عتق[٥].

---

(١) في (ج): (الآخر).

(٢) في (ب): (صلاحية الإنشاء).

(٣) «المنظومة» لوحة (٨٩)، و«مختصر الطحاوي» ص٣٧٠-٣٧١، و«المبسوط» ٧/ ١٨٦-١٨٧، و«فتح القدير» ٤/ ٤٧٨-٤٧٩.

(٤) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٥) «المنظومة» لوحة (١٠٦) «المبسوط» ٧/ ٢٠٠، و«مختلف الرواية» ٣/ ١١٥.

وقال زفر[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يعتقُ في الحال ويسعىٰ في قيمته؛ لأن إذلاله باستدامة ملكِ الكافر عليه إلىٰ أن يؤدي السعايةَ لا يجوز.

ولنا: أنه تعذر إبقاء ملكه بالإسلام، وملكُ الذمي معصومٌ، فلا يمكن إزالتُهُ مجانًا، فكان كالمكاتب أحقَّ بنفسه وكسبه مصونًا عن ذلِّ ٱستخدامه مطلوبًا باكتساب المال الذي يدفعه إلى الذميِّ؛ لينال هو شرفَ الحرية، والذميُّ عوض ماليته القائمة به نظرًا للجانبين، وهٰذا أولىٰ لجواز الإفلاس، والمالُ في ذمة المفلس باق[2]، فيكون فيه إضرارٌ بالذميِّ وكان كإزالة ملكه عنه لا إلىٰ بدل، والذلُّ الحاصلُ زمان السعاية ليس إلَّا أثر ملك اليمين، والإسلامُ لا يوجب إزالتَهُ بدليل استبقائه[3] على العبد والمدبر والمكاتب مع إسلامهم، وإنما الواجبُ دفعُ ذلِّ ٱستخدامه إياه قهرًا، وقد ٱنتفىٰ تنزيله مكاتبًا[4].

قال: (وإن علقه بموته علىٰ صفةٍ لم يكن مدبرًا فإن تحقق المجموعُ عتق كالمدبر).

إذا قال: إن متُّ من مرضي هٰذا أو سفري هٰذا، أو من مرض كذا، فليس بمدبَّرٍ، ويجوزُ بيعُهُ؛ لأن السببَ لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة، فإنها ليست مما يجب وجودها لا محالة، بخلاف المدبر المطلق /٨٠أ/ لأنه معلقٌ بالموت الكائن قطعًا، فإن تحقق المجموعُ، أي: الموتُ علىٰ تلك الصفة التي علق العتق بوجودها عُتقَ، كما يعتق

(١) «مختلف الرواية» ٣/ ١١٥.
(٢) في (أ): (ثاو).
(٣) في (ج): (استدامته).
(٤) «المبسوط» ٧/ ٢٠٠.

المدبر، يعني من ثلث المال لثبوت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لتحقق تلك الصفة، ومن التدبير المقيد أن يقول: إنْ متُّ إلىٰ سنةٍ أو عشر سنين. فإن قال: إلىٰ مائةِ سنةٍ. ومثله لا يعيش غالبًا إلىٰ مثلها كان مدبرًا؛ لأنه كائنٌ لا محالة[١].

قال: (أو إن مات فلان، أو أنا فأنتَ حرٌّ، أو قبل موتي بشهر أجزنا بيعه).

رجل قال: أنت حرٌّ إن مات فلان أو أنا، أو قال ذلك بالعكس، فهٰذا ليس بمدبر يجوز بيعه[٢].

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: هو مدبرٌ لا يجوز بيعُهُ؛ لأنه تعلق عتقه بموته؛ لأنه علقه بموت أحدهما أيهما وجد، فكان تعليقًا بموته لا محالة.

ولنا[٢]: أنه علقه بموته، ولٰكن علىٰ صفةٍ ألا يتأخر عن موت فلان، فكان بمنزلة قوله: إنْ متُّ من مرضي هٰذا فأنت حر، فكان مدبرًا مقيدًا، وحكمه حكم المعلق بالشرط، وإذا قال له: أنت حرٌّ قبل موتي بشهر، فليس بمدبرٍ أيضًا ويجوز بيعُهُ.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: هو مدبرٌ لتعلق ظهور عتقه بموته. ولنا أن هٰذا الكلامَ حين صدورهِ من المولىٰ لم يكن تدبيرًا مطلقًا؛ لأن عتقَ المدبر لازمُ الوقوعِ عند موت المولىٰ في التدبير المطلق، وهٰذا لا يعتق بالموت لو مات قبل

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٧١، و«الكتاب» ٣/ ١٢١، و«المبسوط» ٧/ ١٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٩٩-١٠٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٠.

(٢) «المبسوط» ٧/ ١٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٠، و«فتح القدير» ٥/ ١٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٠.

شهر من هٰذا الكلام، (فلم يكن مدبرًا مطلقًا حين صدوره منه ينقلب تدبيرًا مطلقًا من دون موجبٍ من جهة)[١] ذلك[٢].

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٧١، ٣٧٧، و«المبسوط» ٧/ ١٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٠، و«فتح القدير» ٥/ ١٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٠.

فصلٌ في الاستيلاد

قال: (إذا أتت بولدٍ من مولاها، فاعترف به يثبتَ نسبُهُ لا بالإقرارِ بوطئها).

الاستيلادُ لغةً: هو طلبُ الولدِ مطلقًا. وفي الشريعة: طلبُ الولدِ من الأمَةِ، وكل أَمَةٍ ثبت نسبُ ولدها من مالكٍ لها أو لبعضها فهي أمُّ ولدٍ له؛ لأنَّ الاستيلادَ لثبوت الولدِ، فإذا ثبت الأصلُ ثبت الفرعُ الذي هو أمومِيةُ الولد، وثبوت نسبه منه بالدعوىٰ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله[1]: إذا اعترف بوطئها ثم أتتْ بولدٍ ثبت نسبُه منه؛ لأنَّ النسبَ يثبت في المنكوحةِ بالعقد المفضي إلى الولد بواسطة الوطء، فلأن يكون الوطءُ نفسُهُ مع أنه أكثر إفضاءً مثبتًا للنسب أولىٰ.

ولنا: أنه لا فراشَ لها؛ لأنَّ المقصودَ من وطء الإماءِ غالبًا قضاء الشهوة دون الولد، فإن الأشرافَ يمتنعون من وطء الإماءِ؛ تحرزًا عن تحصيل الولد منهن إلى اختيار الحرائر؛ ولهٰذا جاز له العزلُ في الأَمَةِ دون الحرَّةِ؛ لأنَّ المرادَ من الزوجةِ طلبُ الولد غالبًا، قال ﷺ: «**تناكحوا تكثروا**»[2]. مشيرًا إلى الغرض الأصليِّ في شرعية النكاح، ثم إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لا يحلُّ له نفيه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ويلزمه الاعترافُ به، إذ الظاهرُ أنه منه، وإن لم يكن حصنها ويعزل عنها جاز له النفي؛ لتعارض الظاهر.

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٩٤.

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ٦/ ١٧٣ من حديث سعيد بن أبي هلال مرسلا.
وعزاه العراقي في «تخريج الإحياء» ٢/ ٣٢ لابن مردويه في «تفسيره» من حديث ابن عمر وضعف سنده.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: إن كان يطؤها ولم يحصنها أحب إليَّ أن يدَّعيه؛ لجواز كونِهِ منه فلا ينفيه بالشكِّ.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أحبُّ إليَّ أن يعتق ولدها ويستمتع بها، فإذا مات أعتقها، أما عدمُ الٱلتزام فلعدم وجوبه بالشكِّ، وأما العتق، فلأنه يحتمل أنه عبدٌ وأنه حرٌّ، فلا يسترقه بالشكِّ، (وأما الٱستمتاعُ بالأمِّ فلأنه مباحٌ له وإن ثبت نسبه، وأما الإعتاقُ بعد الموتِ كيلا يسترق بالشكِّ)[٢][٣].

قال: (فإن ولدت بعد ذلك ثبت من غير دعوىٰ وينتفي بمجردِ نفيه).

لأنَّه لما ٱدَّعى الأول تعين الولدُ مقصودًا[٤] منها، فصارت فراشًا كالمعقود عليها، إلَّا أنه إذا نفاه ٱنتفىٰ بقوله من غير لعانٍ؛ لأنَّ فراشَها ضعيفٌ؛ ألا ترىٰ أنه يقدر علىٰ إبطاله بالتزويج، فينفرد بنفيه، بخلاف المنكوحة؛ لقوة فراشها، فلا ينتفي ولدُها إلَّا باللعان[٥].

قال: (ولا يجوزُ إخراجُهَا عن ملكه إلَّا بالعتق).

أمُّ الولد لا يجوز بيعُهَا ولا هبتُهَا ولا تمليكُهَا بوجه من الوجوه[٦]،

---

(١) «الاختيار» ٤/ ٢٥٥.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٥١، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٥-٢٥٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٩٠-٦٩١.

(٤) في (ج): (معقودًا).

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٢٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥١، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٩، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٩٦٣.

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٢٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥١،

والأصلُ فيه أنه ﷺ أعتق أمهات الأولاد من جميع المال، وقال ﷺ: «لا يبعن»[(١)]، وخطب عمرُ رضي الله عنه فقال: ألا إنَّ بيعَ أمهات الأولاد حرامٌ (إلىٰ يوم القيامة)[(٢)]، ولا رقَّ عليها بعد موت مولاها. وعن سعيد بن المسيب أنه ﷺ أمر بعتقهن، وأن لا يسعين في الدين، ولا يجعلن من الثلث.

وعن علي رضي الله عنه: ٱجتمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه في نفرٍ من أصحاب رسول الله ﷺ علىٰ عتق أمهات الأولاد، ثم رأيتُ بعدُ أن يبعن في الدين، فقال عَبِيدةُ السَّلْمَانِيُّ[(٣)]: رأيك ورأي عمر رضي الله عنهما في جماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة، فقال رضي الله عنه: إن السلماني لفقيه. ورجع عن ذلك[(٤)].

ولأن الجزئيةَ ثابتةٌ بواسطة الولد بين الواطئ والموطوءة، وبعد الٱنفصال تبقى الجزئيةُ حكمًا، فأوجب ذلك حكمًا مؤجلًا إلىٰ ما بعد

و«الاختيار» ٤/ ٢٥٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٦٩٣.

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٨٧: لم أجده، وروى الدارقطني ٤/ ١٣٤ أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «**لا يبعن، ولا يوهبن، ولا يورثن...**».

(٢) من (ب).

(٣) عَبيدة السلماني المرادي الهمداني، قيل: إنه عبادة بن قيس، وقيل: عبيدة بن عمرو وقيل: عبيدة بن قيس بن عمرو، يكنىٰ أبا مسلم، ويقال: أبا عمرو كوفي تابعي ثقة جاهلي، أسلم قبل وفاة النبي ﷺ بسنتين ولم ير النبي ﷺ.
قال الشعبي: كان شريح أعلمهم بالقضاء وكان عبيدة يوازي شريحا في القضاء.
توفي سنة ٱثنتين وسبعين
«تاريخ بغداد» ١/ ١١٧-١١٩، و«الثقات» للعجلي ٢/ ١٢٤

(٤) رواه عبد الرزاق في «المصنف» ٧/ ٢٩١- ٢٩٢ (١٣٢٢٤)، وابن أبي شيبة ٤/ ٤١٤ (٢١٥٨٣).

الموت؛ لضعف السبب؛ لأن هٰذِه الجزئية الثابتة حكمًا هي بواسطة نسبة الولد إليه، والنسبُ ثابتٌ من جهة الرجال، فكذا الجزئيةُ تثبت في حقِّهم لا في حقِّهن، /٨٠ب/ ألا ترىٰ أن الحرةَ إذا ملكت زوجَهَا وقد ولدت منه لم يعتق بموتها؛ لأنَّ النسبَ يضاف إليه، وبثبوت العتق المؤجل إلىٰ ما بعد الموت يثبت لها حقُّ العتق في الحال، وحقُّ العتق مانعٌ من جوازِ البيع ومن إخراجها عن ملكه بأنواع التمليك، ويوجب عتقها بعد موته، وكذلك إذا كان بعضُهَا مملوكًا له؛ لأن الأستيلادَ (لا يتجزَّأ؛ لأنَّ الأستيلادَ)[١] فرعٌ على النسب، والنسبُ لا يتجزَّأ[٢].

قال: (ويجوز أستخدامُهَا وإجارتُهَا ووطؤها وتزويجها).

لأنَّ الملكَ فيها قائمٌ فأشبهت المدبرةَ، وحقُّ العتق غيرُ مانعٍ من هٰذِه الأحكامِ[٣].

قال: (فإن ولدت من زوجها تبعها في حكمها).

لأنَّ حقَّ الحريةِ يسري إلى الولد كالتدبير، ألا ترىٰ أنَّ ولدَ الحرة حرٌّ، وولد القِنَّة قِنٌّ، ونسبُه ثابتٌ من الزوج لقيام فراشه[٤]؟!

---

(١) ساقط من (جـ).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٢٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥١، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٩، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٣٦٩.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٥١، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٤.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٧، و«درر الحكام» ٢/ ٢٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٥.

قال: (ويعتق من جميع المال ولا يسعىٰ في ديونه).

لما روينا من حديث سعيد (بن المسيب)[١]؛ ولأن الولدَ من الحوائج الأصليةِ، والحوائجُ الأصليةُ مقدمةٌ علىٰ حقِّ الورثة، والدينُ كالتكفين بخلاف التدبير فإنه وصيةٌ؛ لأنه من الحوائج الزائدة، ولا سعايةَ عليها في دين المولىٰ للغرماء لما روينا؛ ولأنها ليست بمال متقومٍ (حتىٰ لا تضمن بالغصبِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]، فلا يتعلقُ بها حقُّ الغرماء، بخلاف المدبر، لأنه مالٌ متقومٌ)[٣][٤].

قال: (وهي غيرُ متقومةٍ).

أمُّ الولد لا قيمةَ لها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٥] حتىٰ لا تضمن بالغصبِ ولا بإعتاق أحد الشريكين، وإذا مات أحدُ موليها تعتق ولا تسعىٰ.

وقال أبو يوسف[٦] ومحمدٌ[٦] رحمهما الله: لها قيمتُهُ وتضمن بالغصبِ وبإعتاق أحد الشريكين وتسعىٰ إذا مات أحد موليها، وقيمتُها (ما يقومها)[٧] به رجلان من أهل البصارة يقيم الأشياءَ وهي ثلث قيمتها

---

(١) من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٥.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٤-٢٩٥.

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٥.

(٦) «فتح القدير» ٥/ ٤٢.

(٧) في (ب): (ما يقوم مقامها).

قنة؛ لفوت منفعةِ التمليك، ومنفعة قضاء دين المولىٰ، وبقاء منفعة الاستخدام. لهما أن الثابتَ لها حقُّ الحرية؛ لقوله ﷺ في ماريةَ حين ولدتْ إبراهيمَ عليه السلام: «**أعتقها ولدُها**»[1]، أي: حصل لها العتقُ بسببه، والمرادُ: عتاقها بعد موته؛ لأنه ﷺ كان يطأ ماريةَ بدون عقد النكاح، فقلنا بثبوت حقِّ العتق في الحال مع حرمة بيعها إلحاقًا بالحقيقة في تحريم البيع، وحقُّ العتق مؤثرٌ في حرمة البيع دون إسقاط التقوم كما في (الدين)[2]، ألا ترىٰ أن أمَّ ولد النصراني إذا أسلمت تسعىٰ في قيمتها، وأنه دليلُ التقوم؟! وله أن سببَ ثبوت العتق لها وهو قولهﷺ: «**أعتقها ولدُها**» متنجز، وأنه يقتضي تنجيزَ الحكم أيضًا، إلَّا أنَّ العتقَ تأجل لحاجةِ المولىٰ إلى الانتفاع بها مدةَ حياتِه، ولم يتأجل تقومها (الذي يقتضيه النصُّ؛ لانتفاء الحاجة إلىٰ بقاء التقوم للانتفاع بها فسقط تقومُها)[3] وتأجل عتقُها، وهٰذا بخلاف المدبر؛ لأن الأصلَ فيه أن يكون الحكمُ بعد الموت لوجود الإضافة إلىٰ ما بعد الموت.

وإنما حكمنا بوجود السبب في الحال بحكم الضرورة، وهي إضافةُ التصرف إلىٰ زمان بطلان الأهلية، فوقع التراخي بين السبب والحكم؛ لنقل السببية إلىٰ زمان التعليق بدون نقل الحكم، فصار سببًا للحال مفيدًا حق الحرية المانع من تمليكه لا غير، أما أمُّ ولد النصراني إذا أسلمتْ فقد حكمنا لها بالتكاتب عليه، رعايةً للحقين وبدل الكتابة يجب مقابلًا

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٥١٦)، والحاكم ٢/ ١٩، وتعقبه الذهبي بقوله: حسين متروك.اهـ من حديث ابن عباس.

(٢) من (ب).

(٣) ساقط من (ب).

بما ليس بمال، وهو سلامةُ الأكساب، وإنما قدرنا بدل الكتابة بقدر قيمتها لو كانت لها قيمةٌ؛ لأن ذلك أعدل، ولا يلزم من هٰذا بقاءُ التقوم.

قال: (ولو هلكت هي أو مدبره عند المشتري فهي غيرُ مضمونةٍ).

رجلٌ باع أمَّ ولده، أو باع مدبرًا وقبض المشتري، فهلكت في يده، لا شيء (على المشتري)[1] عند أبي حنيفة[2] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا[2]: تجب القيمة؛ لأن البيعَ وإن كان غيرَ صحيحٍ إلَّا أنهما مقبوضان[3] بجهة البيع فيضمنان؛ لأنَّ المقبوض بجهة البيع ملحقٌ بالمقبوض بالبيع الفاسد، كالمقبوض علىٰ سوم الشِرىٰ إذا عين ثمنه.

وله أن جهةَ البيعِ إنما تلحقُ بحقيقة البيعِ الفاسدِ عند تصورِ حكمِ البيعِ الفاسدِ، وهو الملكُ بالقبض، وههنا لا يتصور حكمهُ، فامتنع الإلحاقُ، فامتنع الضمانُ[2].

قال: (وإذا نكح أمةً فولدت ثم ملكها نجعلها أمَّ ولدٍ له).

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[4]: لا تصير أمَّ ولد (له)[5]، وله بيعها، ولو كان ٱستولدها بملك يمين ثم ٱستحقتْ ثم ملكها تصير أمَّ ولده عندنا[6].

---

(١) في (ب): (عليه).

(٢) «مختلف الرواية» ٢/ ١٠٨٥-١٠٨٦، و«الهداية» ٣/ ٤٧-٤٨.

(٣) في (ب): (متقومتان).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٩٥، و«روضة الطالبين» ٨/ ٥٥٣.

(٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٧، و«الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«المبسوط» ٧/ ١٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢-٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٤-٢٩٦.

وللشافعيِّ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ (فيه)[(٢)] قولان وهو ولدُ المغرور له أنها حين علقت به علقت برقيق فلا تكون أمَّ ولدٍ له، كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني؛ وهٰذا لأنَّ أميةَ الولد تثبت باعتبار العلوق بالولد حرًّا؛ لكونه جزءَ الأمِّ في تلك الحالة، والجزءُ له حكمُ الكلِّ.

ولنا[(٣)]: أن السببَ هو الجزئيةُ الثابتةُ بينه وبينها بانتساب الولد إلىٰ كلٍّ من أبويه كملًا علىٰ ما عرف، فتثبت الجزئية بهٰذِه الواسطة بخلاف الزنا؛ لأنه لا (ينسب)[(٤)] الولد فيه إلى الزاني، فإذا لم يثبت النسبُ منه لم تثبت الجزئيةُ؛ لأنها باعتبارها.

قال: (ولو وطئ جارية ابنه فولدت (فادَّعاه صارت أمَّ ولده)[(٥)] ويضمن قيمتها لا قيمةَ ولدِه ولا نوجب مهرها).

رجلٌ وطئ جارية ابنه فأتت بولدٍ /٨١أ/ يثبت نسبُه منه، وكانت أمَّ ولده[(٦)] وعليه قيمتُها، وليس عليه قيمةُ ولدها[(٧)].

ووجه ذلك أن للأبِ تملك مالِ ابنِهِ للحاجةِ إلى البقاء، فله تملكُ

---

(١) «روضة الطالبين» ٨/ ٥٥٣-٥٥٤.

(٢) من (ب)، و(ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٧، و«الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«المبسوط» ٧/ ١٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٢-٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٤-٢٩٦.

(٤) في (ب): (يثبت).

(٥) في (ج): (فادعاها صارت أم ولد له).

(٦) في (ب)، (ج): (ولدٍ له).

(٧) «الكتاب» ٣/ ١٢٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ١٩٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٤.

جاريته (للحاجة)[١] إلىٰ صيانة الماء، إلَّا أنَّ الحاجةَ إلىٰ بقاء نسله دون حاجتِه إلىٰ بقاءِ نفسِه؛ فلهذا تفاوتَ حال تملكه، فيملك الجاريةَ بالقيمةِ، والطعامُ بغيرِ قيمةٍ، ثم هٰذا الملكُ[٢] يثبت له (قبل ٱستيلاده)[٣] شرطًا (لصحتهِ)[١]؛ لأنَّ المصححَ للاستيلاد إما حقيقة الملكِ أو حقه كوطءِ الغازي المسبيةَ قبل القسمةِ، وكالمشترىٰ شراءً فاسدًا وكالمرهون، وليس للأب حقيقةُ الملكِ ولاحقه، ألا ترىٰ أنَّ له التزوجَ بها؟! فوجب تقديمُ الملكِ تصحيحًا للاستيلاد فتبيَّن أن الوطءَ يلاقي ملكه، فلا يلزمه مهرُ مثِلها.

وقال زفر[٤] والشافعي[٥] رحمهما الله: يجب المهرُ بناءً علىٰ ثبوت الملك له حكمًا للاستيلاد، لا شرطًا، والحكمُ يتعقبه كما في الجارية المشتركة. والفرق عندنا بين المسألتين أنَّ المصحح للاستيلاد في المشتركة قائم في الحال، وهو ملك نصفها وهو كافٍ إلَّا أن الٱستيلاد لمَّا لم يكن متجزئًا صار متملكًا نصيبَ شريكهِ حكمًا للاستيلاد، وفي مسألتنا مسَّتِ الحاجةُ إلىٰ تقديم الملكِ لصحةِ الٱستيلادِ، فكان شرطًا.

قال: (ولا يثبت بوطء الجدِّ مع بقاءِ الأبِ).

لا يثبتُ نسبُ الولد بوطء الجدِّ مع بقاءِ الأبِ؛ لأنَّه لا ولايةَ للجدِّ حالَ وجود الأب، ولو كان الأبُ ميتًا ثبتَ من الجدِّ، كما يثبتُ من الأب؛ لظهور

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (الحكم).

(٣) في (ب): (وقبيل الٱستيلاد).

(٤) «الهداية» ١/ ٢٣٦.

(٥) «الوجيز» ٢/ ٢١، و«المجموع» ١٧/ ٤١٢-٤١٤.

ولايته حينئذٍ، وكفر الأب ورقهُ بمنزلة الموت؛ لكونه قاطعًا للولايةِ[١].

قال: (وإذا ٱدعاه أحدُ الشريكين ثبتَ منه وصارت أمَّ ولدٍ له وضمنَ نصفَ عقرها ونصفَ قيمتها لا قيمة الولدِ).

إذا كانت الجاريةُ بين شريكينِ فجاءت بولدٍ فادَّعاه أحدُهما ثبت نسبه منه؛ لأنَّ الأستيلادَ لا يتجزَّأ بناءً على أنه فرع ثبوتِ النسبِ، ولما ثبتَ نسبُه في نصفه لمصادفته ملكه ثبتَ في الباقي ضرورة عدم التجزيء وصارت أم ولدٍ له[١].

أما عندهما[١] فالاستيلادُ لا يتجزَّأ.

وعند أبي حنيفة[١] رحمه الله يصيرُ نصيبُه أمَّ ولدٍ له ثم يتملك نصيبَ صاحبه؛ لكونه قابلًا للملك، ويضمنُ نصفَ قيمتها؛ لأنه ٱستكمل ٱستيلادَها بتملك نصيب الشريك[٢] ويضمن نصفَ عقرها؛ لأنه واطئٌ جاريةً مشتركةً، والفرقُ بينه وبين وطء الأبِ جارية ابنه أنَّ الملكَ ثمة يثبت شرطًا لصحة ٱستيلادِ الأبِ فيتقدمُه، فكان واطئًا ملكَ نفسه، فلم يجب العقرُ، وههنا ما له من الملك فيها كافٍ لصحة الأستيلاد، فلم تمس الحاجةُ إلىٰ تقديم الملكِ في نصيب الشريكِ على الوطء، فكان واطئًا جاريةً مشتركة، فيجب نصفُ العقرِ، ولا يغرم قيمة الولد؛ لأنَّ النسبَ يثبتُ مستندًا إلىٰ وقتِ العلوقِ، فلم يتعلق شيءٌ منه[٣].

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٤، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٤.

(٢) في (ب): (صاحبه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٧٢، و«الكتاب» ٣/ ١٢٤، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٩.

قال: (ولو أدعياه نثبته منهما، ولا نعتبرُ القائفَ، وتصير أم ولدٍ لهما، ويغرم كل منهما نصف العقر قصاصًا، ويرثُ (من)[١] كلٍّ منهما كابن ويرثانه كأبٍ).

رجلان لهما جارية فأتت بولدٍ فادَّعىٰ[٢] كلٌّ منهما ثبت نسبه منهما إذا حملت[٣] به علىٰ ملكهما.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤]: يعتبر قولُ القائفِ في إلحاقه بأحدهما، وإثباتُ خلافه من الزوائد.

له: أنَّ إلحاقَ النسب بشخصين مع العلم بأن الولدَ لا يتخلق من مائين متعذرٌ، وقد وردت السنةُ بأن رسول الله ﷺ سرَّ بقول القائفِ حين ألحق أسامة بن زيد رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا بأبيه لما نظر إلىٰ أعقابهما فقال: «**بعض هٰذِه من بعض**»[٥]، فوجب الرجوعُ إليه. ولنا كتابُ عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ إلىٰ شريح في هٰذِه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثُهما ويرثانِه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ، وعن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مثله؛ ولأنهما لما آستويا في سببِ الأستحقاقِ آستويا فيه، والنسبُ وإن كان مما لا يتجزأ لٰكن تتعلق به أحكامٌ تقبلُ التجزيء، فيثبت في حقِّهما ما يتجزَّأ على التجزئة، وما لا يتجزَّأ يثبت في حق كل منهما على الكمال كأن ليس معه غيره، إلَّا إذا كان أحد الشريكين أب

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فادَّعاه).

(٣) في (ب): (حبلت).

(٤) «الوجيز» ٢/ ٢٧٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٧٧-٣٧٨.

(٥) رواه البخاري (٣٥٥٥)، ومسلم (١٤٥٩).

الآخر، أو كان مسلمًا والآخر ذميًّا، فإن المسلمَ أحقُّ لوجود المرجح وهو الإسلام، والأب أحق لما له من حقِّ التملك في مال الابنِ، وأما سرور النبي ﷺ بقول القائف، فلأنَّ الكفارَ طعنوا في نسبِ أسامة، وكان قولُ القائف قاطعًا لطعنهم، فسرَّ به، وصارت الأمُّ أمَّ ولد (لهما)[1]؛ لصحة دعوىٰ كل واحدٍ من الشريكين في نصيبه في الولد، فيصيرُ نصيبُه منها أمَّ ولد له تبعًا لولدها، وعلىٰ كل منهما نصفُ (العقر)[1] قصاصًا بماله على الآخر، وورث[2] الابن من كل منهما ميراث ابن كامل؛ لأنه قد أقرَّ له بميراثه كله، وهو حجةٌ في حقه، ويرث الأبوان منه ميراثَ أبٍ واحدٍ؛ لاستوائهما في السبب وهو الشركة في الجارية؛ لأنَّ كلًا منهما يملك نصفها لا مزية لأحدهما على الآخر، كما إذا أقاما البينةَ علىٰ ملكِ كل منهما نصيبًا منها فإنه ينقسم /٨١ب/ بينهما[3].

قال: (وإذا وطئ جاريةَ مكاتبِهِ فولدت، فادَّعاه، فإنْ صدَّقه ثبت، وضمن عقرها وقيمته، ولا تصير أم ولد، وإلا فلا).

المولىٰ إذا وطئ جاريةَ مكاتبِهِ، فإن صدَّقه المكاتبُ ثبت نسبُه من المولىٰ[4].

---

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (ويرث).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٢٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٩-٢٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٥-١٠٦.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٢٦، و«الهداية» ٢/ ٣٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٦.

وعن أبي يوسف[١] رَحِمَهُ اللهُ أنه يثبتُ من غير تصديقٍ، كما في الأب يدعي ولد جارية ابنه، ووجه الظاهر -وهو الفرق- أنَّ المولىٰ لا يملكُ التصرفَ في أكسابِ المكاتبِ حتىٰ لا يتملكها، وللأب التملكُ، ولا يعتبر تصديقُ الأبن، وعليه عقرها؛ لأنَّ الملكَ لا يتقدمه فإن ما له فيها من الحق، وهو أنه كسبُ كسبهِ (كافٍ لصحة الأستيلاد، فيجب العقرُ، وعليه قيمةُ الولد؛ لأنه في معنى الغرورِ؛ لأنه أعتمد دليلًا وهو أنه كسب كسبه)[٢]، فلم يكن راضيًا برقِّ ولدِه، فكان حرًّا بالقيمةِ؛ دفعًا للضرر عنه وعن المكاتب، فيثبت نسبُه منه، ولا تكون الجاريةُ أمَّ ولد له؛ لأنه لا ملكَ له فيها حقيقة كما في ولد المغرور، وإن كذَّبه المكاتبُ في النسب لم يثبت؛ لأنَّ تصديقه معتبرٌ لما مرَّ[١].

قال: (ولو أدَّعى أستيلاد شريكه فأنكر أفتي بالسعاية له في نصف قيمتها، وقالا: تخدمه يومًا لا يومًا).

شريكان في أمة أدعىٰ أحدهما أنَّ شريكه أستولدها فأنكر الآخرُ.

قال محمدٌ رحمه[٣] الله: تسعىٰ للمنكر في نصفِ قيمتها، فإذا أدت عتقت[٤]؛ لأن المقرَ أفسدَ نصيبَه ونصيبَ شريكهِ وتعذر التضمينُ، فوجبت السعايةُ، كما لو أعتقه وهو معسرٌ، وليس للمقر عليها سبيلٌ؛ لأنَّه يزعم أنها أمُّ ولدٍ للآخر، ولاضمانَ ولا سعايةَ لي عليها، فإن الواجبَ لي ضمانُ الأستيلادِ على المستولدِ موسرًا كان أو معسرًا، لكنه

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٦، و«الهداية» ٢/ ٣٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٦.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٤٦، و«مختلف الرواية» ٢/ ١١٠٠-١١٠١ .

(٤) هذا قول أبىٰ يوسف الأول - «مختلف الرواية» ٢/ ١١٠١.

لم يصدق علىٰ شريكه، وإذا سعت فقد ٱنتقل ما كان للمنكر فيها إلى السعاية فعتق نصيبُه، كالمكاتب يؤدي بدلَ الكتابة، وكأمِّ ولد النصراني إذا سعت بعد الإسلام في قيمتها، ومتىٰ عتق بعضها عتق كلها؛ لأنَّ ذلك لا يتجزأ عنده.

وقال أبو حنيفة[1] وأبو يوسف[1] رحمهما الله: هي أمُّ ولد موقوفة تخدمُ المنكرَ يومًا وترفعُ عنها الخدمة يومًا، ولا سبيل للمقر عليها، ونصفُ كسبِها للمنكر ونصفه (موقوف)[2] ونفقتُها في كسبِها، فإن لم يكن لها كسبٌ فنصفها على المنكر؛ لأنَّ مالكها في النصف ظاهرٌ، وفي الآخر مشتبه؛ لأن المنكرَ يقول: لي نصفُ خدمتها. والمقر يقول: لك كلُّ خدمتها؛ لأنها أمُّ ولدك. فتخدم المنكرَ يومًا؛ لأنهما تصادقا علىٰ أن له ذلك، ورفع الخدمة عنها يومًا؛ لأن المقرَّ أسقط حقَّه في ذلك وزعم أنه للمنكرِ، وقد جحده المنكرُ ورفع عنها نصفَ الخدمة الذي ينفيه، ويلزمها نصف الخدمةِ الذي توافقا عليه[3].

قال: (فإن جنت هٰذِه فنصف الأرش على المنكر، والنصف موقوفٌ، (ويوجب الموقوفَ)[4] في كسبها، وأوجب الكلَّ فيه).

إذا ٱدَّعىٰ أحدُ الشريكين على الآخرِ أنه ٱستولدَ الجاريةَ المشتركةَ،

---

(١) «مختلف الرواية» ٢/ ١١٠١.

(٢) في (ب): (لها).

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٤٦، و«مختلف الرواية» ٢/ ١١٠١، المنظومة لوحة (٨٢) لوحة (١١).

(٤) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

فجحد ثم جنت الجاريةُ كان علىٰ (المنكر نصفُ)[١] موجب جنايتها[٢]، ويوقف النصف الآخر عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]؛ لأنَّ النصفَ على المنكر يتعين؛ لأنَّ المدعي إن كان صادقًا فالكلُّ على المنكر، وإن كان كاذبًا فعليه النصفُ، والنصف الآخر موقوفٌ؛ لأنَّ نصفهَا موقوفٌ.

وقال أبو يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تؤدي ذلك النصفَ من كسبها؛ لأنه في مالِ مولاها، و(كسبها مالُ مولاها)[٤].

وقال محمدٌ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تؤدي كلَّ موجبِ جنايتها من كسبها؛ لأنَّ عنده أن الأمةَ لا تخدم المنكرَ ولكنها تسعىٰ علىٰ ما مرَّ، وأبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ رجع إلىٰ قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الخدمة لا في الجناية.

قال: (ولو ولدت فباعها فادَّعاه أب المولىٰ: يحكم بثبوته منه ويغرمه قيمته).

إذا ولدت الأمةُ ولدًا ثم باعها المولىٰ أو وهبَها وسلَّمها أو كاتبها، ثم ٱدَّعىٰ أبو المالك أنه ابنه.

قال أبو حنيفة[٥] ومحمدٌ[٥] رحمهما الله: لا تصح دعوتُه، ولا يثبت نسبُ الولد منه.

(وقال أبو يوسف[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تصح دعوتُه، ويثبت نسبُ الولدِ منه)[٦]،

---

(١) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «مختلف الرواية» ٣/ ١١٠٧، المنظومة لوحة (٨٢).

(٣) «مختلف الرواية» ٣/ ١١٠٧.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) «الجامع الكبير» ص ١٢٠، و«مختلف الرواية» ٢/ ١٠٩٨.

(٦) ساقط من (ج).

ويعتق الولد ويغرم الأبُ قيمتَه للابن[١]؛ لأنَّ الأصلَ هو الولد؛ لقوله ﷺ: «أَعْتَقَها ولدُها»[٢]، وامتناع صحةِ الدعوىٰ في البيع لا تمنعها في الأصل، والولد قائمٌ علىٰ ملكِ الأبِ فصحت دعوتُه فيه، فيثبت نسبُه ويكون (الولدُ)[٣] حرًّا بالقيمةِ؛ (لأنَّ الأبَ لما لم يتملك الأمَّ؛ لوجود المانع لم يمكن جعله حرَّ الأصل، فوجب جعلُه حرًّا بالقيمة)[٤]، كولد المغرور، وصار كالمالك يدعي أنَّ الولدَ منه بعد بيع الأمةِ.

ولهما: أنَّ شرطَ صحةِ الدعوىٰ فائت[٥] وهو شيئان: قيام حقِّ تملكِ الأمةِ من حين العلوقِ إلىٰ حين الدعوىٰ من غير ٱنقطاع لتمكن الٱستناد، وكون المحلِّ (قابلًا)[٦] لنقلِ الملكِ، وقد فات الأول بالبيعِ لزوال ولاية التملكِ؛ لاستلزامه قيام ملك الابن[٧]، بخلاف الٱبن؛ لأنَّ له حقَّ الٱستحقاقِ؛ لوجودِ العلوق في ملكه، وهٰذا الحق لا يبطلُ بالبيع؛ لأنه راجعٌ إلى النسبِ، وهو لا يحتمل البطلانَ، وملكُ المشتري يحتمله، وحقُّ الأب في التملك يستدعي قيامَ ملكِ الابن[٨]، وبالبيع لم يبق ما له فيبطل حقُّ تملكه ضرورةً، وملك المشتري حقيقة لا يبطل لأجل ما كان للأبِ من هٰذا الحق قبل البيع؛ /٨٢أ/ إذ الزائلُ في الحال لا يعارض

---

(١) في (ج): (للأب).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) من (ب).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (غير ثابت)، وفي (ج): (ثابت).

(٦) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٧) في (ج): (الأب).

(٨) في (ج): (الأب).

الثابتَ في الحالَ، فلم تصحّ دعوىٰ (الأب بعد البيعِ، وإن صحَّ دعوىٰ)[١] الاَبن بعده، ولهٰذا ينتقض البيعُ فيها بدعوته إن لم يقم مانعٌ كعتقٍ أو ٱستيلاد من المشتري، ولا ينتقض البيعُ فيها بدعوىٰ أَب البائع الولدَ بحال فافترقا، وكذلك بالكتابةِ؛ لأنها مانعةٌ عن ٱنتقال الملك[٢].

(١) ساقط من (ب).

(٢) «تكملة فتح القدير» ٨/ ٣١٤.

فصلٌ في المكاتبِ

قال: (ومن كاتَبَ عبده علىٰ مالٍ فقبل صار مكاتبًا).

عقدُ الكتابةِ مستحبٌّ مندوبٌ إليه، قال الله ﷻ: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور: ٣٣] وليس الأمرُ للإيجابِ بالإجماعِ[١]، والمرادُ الندبُ، إذ لو حُمِل على الإباحةِ لتعطل معنى الشرطِ؛ لأنَّ الندبَ يتعلق به والإباحةُ حاصلةٌ بدونه، والمرادُ بالخير: أن لا يضرَّ بالمسلمين بعد عتقِه، فإن غلبَ علىٰ ظنه أنَّه يضرُّهم، فالأفضلُ أن لا يكاتبه، ولو كاتبه صحَّ. وعلىٰ جوازِ الكتابة ٱنعقدَ الإجماعُ، وإنما شرطَ قبولَ العبد[٢]؛ لأنه مالٌ يلزمه فلابدَّ من التزامه وذلك بالقبولِ، ولا يعتق إلَّا بأداء جميعِ البدلِ؛ لقوله ﷺ: «**أيَّما عبدٍ كوتبَ علىٰ مائةِ دينار فأدَّاها إلَّا عشرةَ دنانير فهو عبدٌ**»[٣]، وقوله ﷺ: «**المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ، فإِذَا أدىٰ عُتِق**»[٤]، وإن لم يعلق المولىٰ عتقه بالأداء؛ لأنه موجبُ العقدِ فيثبتُ من غيرِ شرطٍ كما في البيعِ[٥].

---

(١) «الكشاف» ٣/ ٢٨٣.

(٢) في (ب)، و(ج): (العقد).

(٣) رواه أبو داود (٣٩٢٧)، والترمذي (١٢٦٠)، وابن ماجه (٢٥١٩). من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: حسن غريب.

(٤) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٦٧٤).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٣-٣٨٤، و«الكتاب» ٣/ ١٢٧، و«المبسوط» ٨/ ٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥.

قال: (ولا نوجب حطَّ شيءٍ من البدل).

إذا تقرر بدلُ الكتابة، فلا يجب أن يحطَّ منه شيءٌ.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: يجب حطُّ شيءٍ منه، وقدَّره بعضُ أصحابِهِ بربعِ البدلِ، وبعضُهم بما له خطرٌ في العرفِ واعتبارٌ في الشرعِ بقوله تعالىٰ: ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ [النور: ٣٣] أي: من بدلِ الكتابةِ بدلالة العطفِ علىٰ قوله: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾.

ولنا[٢]: أنَّ العطفَ يقتضي الٱشتراكَ، والأمر بالكتابة للندبِ، فكذلك ما عطف عليه، ويجوز أن يحمل علىٰ مال الصدقةِ، فينصرف إلىٰ مكاتبِ غيره، وهٰذا شائعٌ في اللغةِ؛ ولأنَّ عقدَ الكتابةِ يقتضي إيجابَ البدلِ لا إسقاطَ بعضهِ.

قال: (ويجوز منجمًا ومؤجلًا، ونجيزه حالًّا).

يجوز أن يشترطَ المال حالًّا، ويجوز مؤجلًا ومنجمًا.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: لا يجوز حالًّا؛ لأنَّ المقصودَ هو أداءُ المالِ إلى المولىٰ، ولا سبيلَ له إليه إلَّا بالكسبِ؛ لعجزه بدونه؛ لعدم أهليته بسببِ الرقِّ، ولابدَّ له من مدة، فاشتراط التعجيل يخلُّ بما هو المقصودُ، فلا يصحُّ ٱشترطُه؛ لأنه مبطلٌ بخلافِ السلم الحال عنده؛ لثبوت أهليته للأداءِ، فكان ٱحتمالُ القدرةِ ثابتًا ٱحتمالًا، أظهره دليله وهو الإقدامُ على العقدِ.

---

(١) «الأم» ٨/ ٣٣، و«المهذب» ٢/ ١٥، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٩٨، و«غاية البيان» ص٣٣٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٤، و«المبسوط» ٧/ ٢٠٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٣.

(٣) «المهذب» ٢/ ١١، و«الوجيز» ٢/ ٢٨٤، و«غاية البيان» ص٣٣٦.

ولنا[١]: أن النصَّ مطلقٌ فوجب[٢] حملُه علىٰ إطلاقه، فيصح[٣] من غير شرطِ التنجيم؛ ولأنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضة والبدل (فيها)[٤] بمنزلةِ الثمنِ في البيعِ في عدم ٱشتراطِ القدرةِ عليه، بخلاف السلم علىٰ أصلنا، إذ المسلم فيه معقودٌ عليه، (فاشترطنا القدرةَ عليه)[٥]؛ ولأنَّ مبنى الكتابةِ على المساهلةِ فيمهله المولىٰ ظاهرًا، بخلاف السلمِ، فإنَّ مبناه على المضايقةِ في الحالِ، وفي الكتابة الحالة يرد في الرق للامتناعِ عن الأداء؛ لأنَّ العجزَ عن الأداء يوجب الردَّ في الرقِّ.

قال: (ومن صغيرٍ عاقلٍ).

تجوز الكتابةُ من العبدِ الصغيرِ إذا كان يعقلُ البيعَ والشراءَ؛ لتحقق الإيجابِ والقبولِ، فإنَّ العاقلَ من أهلِ القبولِ، والتصرف نافعٌ في حقِّه فجاز[٦]، وخلاف الشافعيِّ[٧] فيها مبنيٌّ علىٰ مسألةِ إذنِ الصبيِّ للتجارةِ، وإنما شرطنا عقلَه؛ لأنه إذا لم يعقل العقدَ لم يكن من أهل القبولِ، والعقدُ متوقفٌ عليه، ألا ترىٰ أنه لو أدىٰ غيره عنه لا يعتق (ويسترد)[٨] ما دفع.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٤، و«الكتاب» ٣/ ١٢٧، و«المبسوط» ٨/ ٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥.

(٢) في (ب): (فوجوب).

(٣) في (ب): (صحيح).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) ساقط من (ج).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٤، و«الكتاب» ٣/ ١٢٧، و«المبسوط» ٨/ ٥٢، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٦١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥.

(٧) «الأم» ٨/ ٣٤، و«المهذب» ٢/ ١٧، و«الوجيز» ٢/ ٢٨٥.

(٨) في (ب): (ويشترط).

قال: (ويخرج عن يد المولىٰ دون ملكه).

إذا صحت الكتابةُ فحكمه أن يكونَ العبدُ خارجًا عن يدِ المولىٰ دون ملكِهِ، فيكون أحقَّ بمنافعهِ وأكسابهِ؛ لأنَّ المقصودَ من هٰذا العقدِ وصولُ العبدِ إلىٰ شرف الحريةِ بوصول البدلِ إلى المولىٰ، ولا يتحقق ذلك إلَّا بفك الحجرِ عنه، وثبوت حريةِ اليد، ليتمكن من التجارة والكسبِ، ويؤدي البدلَ فإذا أدىٰ عتق هو وأولاده بعتقه، وخرجَ عن ملكِ المولىٰ بالأداءِ كما خرجَ عن يده بالعقدِ[١].

قال: (فيضمن ماله بإتلافه والعقر بوطئها والأرش بالجناية عليها أو علىٰ ولدها).

أمَّا ضمانُ المالِ بالإتلاف (فلأن أكسابه له)[٢] فينزل المولىٰ منه منزلةَ الأجنبي عنه، ولأنه لولا ضمانه بالإتلافِ لكان له إتلافه مجانًا، فيمتنع أداء البدلِ، فلا يحصل المقصودُ بالعقد، وأما وجوبُ العقر بوطء مكاتبتِه فلأنها أحقُّ بمنافعها بإجرائها تحقيقًا لما هو المقصودُ من العقدِ، وهو وصولُها إلى الحرية بواسطة الأداء، ولهٰذا لو وطئت بشبهة أو جني عليها كان عقُرها وأرشُ الجناية لها[٣].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٥، و«الكتاب» ٣/ ١٢٧-١٢٨، و«المبسوط» ٨/ ٥، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٧.

(٢) في (ب): (فلأن المكاتب أحق بأكسابه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٥، و«الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«المبسوط» ٨/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٧.

قال: (وإن أعتقه سقط البدل).

إذا أعتق المولىٰ عبدَه المكاتبَ نفذَ عتقُه؛ لبقاء ملكه في رقبتِه وسقط عنه مالُ الكتابةِ؛ لحصول المقصودِ /٨٢ب/ بدونه، وهو العتق، وكذلك لو أبرأه عن البدلِ أو وهبه منه فإنه يعتق، سواء قبل أو لم يقبل؛ لأنه أتىٰ بمعنى العتق وهو الإبراءُ من البدل وإسقاطه عنه؛ لكنه إذا قال العبدُ: لا أقبل، عتق وبقي المالُ دينًا عليه؛ لأنَّ هبةَ الدين مما يرتد بالردِّ، وليس العتقُ كذلك، والكتابة وإن كانت لازمةً من (جانب المولىٰ لكنها تنفسخ)[1] برضا العبد، والظاهرُ رضاه توسلًا إلى العتقِ بغير بدلٍ مع سلامةِ الأكسابِ؛ ولأنها تنفي الكتابة في حقِّ ذلك[2].

قال: (ولو اختلفا في قدره فالقولُ للعبدِ، وقالا: يتحالفان).

إذا اختلف المولىٰ والعبد في مقدار ما كاتبه عليه من المالِ، فالقولُ قولُ المكاتبِ مع يمينه عند أبي حنيفة[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا[3]: يتحالفان.

وهو قولُه[3] الأول؛ لأنَّ عقدَ الكتابة قابلٌ للفسخِ فصار كالبيع والإجارة، والاختلاف في ذلك يوجبُ التحالفَ. وله قوله ﷺ: « **البينةُ على المدعي، واليمينُ علىٰ من أنكر** »[4]، والمنكر هو العبدُ.

---

(١) في (ب): (جهة المال لكنها لا تنفسخ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٦، و«الكتاب» ٣/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٦، و«الكتاب» ٤/ ٥٠، و«المبسوط» ٧/ ١٦٩، ٨/ ٦٤-٦٥، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٤-٢٥.

(٤) رواه الترمذي (١٣٤١)، وقال: حسن صحيح.

والتحالفُ في البيع ثابتٌ علىٰ خلافِ القياسِ، فلا يقاسُ عليه ما ليس في معناه من كل وجهٍ، والكتابة ليس في معناه؛ لأنها مبادلةُ مالٍ بغير مالٍ.

قال: (ويتصرف كالمأذون ولا يمتنع بمنع المولىٰ).

المكاتبُ كالمأذون في جميع التصرفات فيملك البيعَ والشراءَ؛ لأنَّ موجبَ الكتابةِ ثبوتُ حريةِ اليدِ، فيستلزم ملك التصرف علىٰ وجه يوصله إلىٰ مقصودِه، وهو الحريةُ بأداء البدلِ، والبيع والشراء من هٰذا القبيلِ فيملكهما، ويملكُ البيعَ بالمحاباة فإن ذلك من صنيع التجارِ، فإنَّ التاجرَ قد يحابي في صفقة ليربحَ في أخرىٰ، ويمنع من التبرعات[(١)] إلَّا ما جرت به العادةُ كما عرف في بابه، إلَّا أنه لا يمتنع بمنع المولىٰ؛ لأنه لو ٱمتنع بمنعه أدىٰ إلىٰ نقضِ الكتابةِ وفسخها من قبل المولىٰ، ولا يملكه المولىٰ؛ لأنَّ عقدَ الكتابة من جانبه تعليق العتق، وهو تصرفٌ لازم، فلا يملك فسخَه والرجوعَ عنه[(٢)]. وهاتان من الزوائد.

قال: (ويسافر).

لأنَّ السفرَ من باب التجارةِ والاكتسابِ فيتضمنه العقدُ، ولو شرط المولىٰ أن لا يخرج من البلدِ فله السفرُ أيضًا ٱستحسانًا؛ لأنَّ هٰذا الشرطَ يخالفُ مقتضىٰ عقدِ الكتابةِ، وهو حريةُ اليد ونفوذ التصرف فيلغو، ولا يفسد به العقدُ؛ لأنه (غير قوي)[(٣)] ولا متمكن في صلبِ

---

(١) في (ب): (التصرفات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٤، و«المبسوط» ٧/ ٢١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦.

(٣) في (ب): غير مقتض عقد قوي.

العقدِ، ومثله لا يفسدُ الكتابةَ؛ لأنها شبيهة بالبيعِ من حيث إنها (عقدُ معاوضةٍ، وبالنكاحِ من حيث إنها)[1] مقابلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ، فاعتبرنا الشرطَ مفسدًا إذا كان في صلبِ العقدِ، كما إذا شرط خدمةً مجهولةً؛ لأنها في البدلِ، واعتبرناه غيرَ مفسدٍ إذا لم يتمكن في صلب العقد ٱعتبارًا بالنكاح إعمالًا للشبهين، أو لأنَّ الكتابةَ في جانب العبدِ إعتاقٌ؛ لأنها إسقاطُ الملك، وهٰذا الشرطُ يختص به فكان إعتاقًا في حقِّ هٰذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشرطِ الفاسدِ[2].

قال: (ويزوج الأمة لا العبد).

أما تزويجه الأمة فإن ذلك من باب الاكتسابِ فإنه موجب للمهرِ والنفقةِ، وأما عدم تزويج العبد فإنه ليس من الاكتسابِ في شيء؛ لأنَّ النفقةَ والمهرَ يصيران دينًا في رقبته، وفيه تعييبٌ للعبدِ وتنقيصٌ له[3]، وهذان من الزوائد.

قال: (ولا يتزوج إلَّا بإذن).

لأنَّ الكتابة فك الحجرِ مع قيام الملكِ في الرقبةِ، والتزوج ليس وسيلةً إلى الاكتسابِ فلا يملكه، ويجوز بإذنه؛ لأنَّ الملكَ له[4].

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٥، و«الكتاب» ٣/ ١٢٨، و«المبسوط» ٨/ ٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، ٢٦.

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٨-٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٢، ٥٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٤، و«الكتاب» ٣/ ١٢٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦.

قال: (ولا يكفل مطلقًا).

لأنَّ الكفالةَ تبرع محض، وليس من ضروراتِ التجارةِ ومعنى الإطلاق أنه لا يملكُ الكفالةَ بالنفس ولا بالمال؛ لأنَّ كلَّ ذلك تبرع، وهٰذا القيدُ زائد[(١)].

قال: (ولا يعتق علىٰ مال).

لأن إسقاطَ الملكِ عن رقبته وإثبات المالِ دينًا في ذمته وهو مفلس، وربما عجزَ عن الكسبِ، وليس هٰذا من بابِ الاكتسابِ في شيء، فلا يملكه ولا (يمنع)[(٢)] نفسَه منه؛ لأنه في معنى الإعتاق علىٰ مال[(٣)].

قال: (ويكاتب).

يجوز للمكاتب أن يكاتبَ عبيدة، والقياسُ أنه لا يجوز، وهو قول زفر[(٤)] والشافعي[(٥)] رحمهما الله؛ لأن مال الكتابة إلى العتق، والعبد ليسَ من أهله، كالإعتاق علىٰ مال. ووجه الاستحسان أن الكتابة عقد اكتسابِ المال فيملكه، كتزويج الأمة وكالبيع، والكتابة أنفع من البيع[(٦)]؛ لأنَّ المكاتبَ لا يعتق إلَّا بعد أداء كل البدلِ، والبيع يخرجه عن ملكه قبل

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٩١، و«الكتاب» ٣/ ١٢٨، و«المبسوط» ٧/ ٢١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٤.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٥-٣٨٦، و«الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٢.

(٤) «المبسوط» ٧/ ٢١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٨.

(٥) «المهذب» ٢/ ١٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٩٢، و«روضة الطالبين» ٨/ ٥٢٥.

(٦) في (ب): (المال).

وصولِ العوضِ، ولهٰذا فإن الأب والوصي يملك الكتابةَ دون البيعِ، علىٰ أن الكتابةَ توجبُ للعبدِ مثل (ما هو ثابت)[١] للمكاتبِ بخلاف الإعتاق علىٰ مال؛ لأنه يوجبُ له فوقَ ما هو ثابتٌ له[٢].

قال: (فإن أدى الثاني قبله كان ولاؤه للمولىٰ، وإلا فله).

مكاتب المكاتب إذا أدىٰ بدلَ الكتابةِ فولاؤه للمولىٰ؛ لأنَّ له فيه نوع ملكٍ يصح مع إضافةِ العتقِ إليه في الجملةِ، فإذا تعذرتِ الإضافةُ إلى المباشر للعقد لعدم أهليته تعينت الإضافةُ إلى المولىٰ؛ لأنه مسبب كالوكيل،ثم إذا أدى الأولُ بعد أداءِ الثاني وعتق لا ينتقل الولاءُ إليه؛ لأنَّ المولىٰ جعل معتقًا، والولاءُ لا ينتقل عن المعتقِ، فإن أدى الثاني بعد عتقِ الأولِ /١٨٣أ/ فولاؤه له؛ لأن العاقد من أهل ثبوت الولاءِ له، وهو الأصل فنثبته[٣].

قال: (ويدخل ولده من أمته في كتابته ويأخذ كسبه).

إذا ولد للمكاتب ولد من أمته تكاتب عليه؛ لأنه لو كان حرًّا عتق عليه، فإذا كان مكاتبًا يتكاتبُ عليه؛ تحقيقًا لصله الرحمِ بقدر الإمكان، وإذا دخلَ في كتابته كان كسبه له؛ لأنَّ كسبَ ولده كسبُ كسبهِ، وكذلك لو ولدت المكاتبةُ من غيره؛ لأنَّ حقَّ ٱمتناع البيع ثابت فيها فيسري إلىٰ ولدها

---

(١) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب)، (جـ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٩١، و«الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ٢١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٨، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٩١، و«الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ٢٢٨، و«الهداية» ٣/ ٢٨٨-٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦.

كالتدبير ونحوه[١].

قال: (وأجزنا إعتاقَ الولد).

إعتاق ولدِ المكاتب جائزٌ مطلقًا سواء كان مولودًا في كتابته أو ٱستولدها المكاتبُ، وقال زفر[٢] رحمه الله: لا يصح إعتاقه؛ لأنَّ في نفاذه ضررًا بأبيه؛ لأنه كان أحقَّ بأخذِ أكسابه، وبعد الحرية يمتنعُ عليه ذلك.

ولنا[٣]: أنه تبعُ أبيه، وحكمه كحكمه، ويدل على التبعية أنه ليس عليه شيء من البدل، والأب الذي هو الأصلُ في الكتابة مملوكٌ له يملك عتقه، فبالأولىٰ أن يملك عتق التبع علىٰ أن سعي المكاتبُ في بذل بدل الكتابة إنما هو لتحصيل الحرية له ولأولاده، فإذا حصلَ له عتق ولده مجانًا كان راضيًا به ظاهرًا، علىٰ أن ٱمتناعَ أخذ أكسابه ليس مقصودًا للمولىٰ، بل يثبتُ ذلك حكمًا للعتق المصادف بملكِ العتقِ بحكم الضرورةِ.

قال: (ولو زوج عبده من أمته ثم كاتبهما فولدت تبع أمه في كتابتها).

إذا زوج المولىٰ عبدَه من أمته، ثم كاتبهما فولدت منه ولدًا دخل في كتابةِ أمه، ومن ضرورةِ ذلك كونها أحق بكسبه، إعتبارًا للأمِ وترجيحًا لها في التبعيةِ، كما يرجح في الحرية والرقِّ[٤].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٢، و«الكتاب» ٣/ ١٢٨، و«المبسوط» ٧/ ٢٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٧.

(٢) «مختلف الرواية» ٣/ ١١١٢.

(٣) «المبسوط» ٨/ ١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٦، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٩.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٢٨-١٢٩، و«المبسوط» ٧/ ١٧٥، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٧.

قال: (فإن ولدت من مولاها مضت على الكتابةِ إن شاءت وإلا عجزت نفسها وصارت أمَّ ولد).

إذا ولدت من مولاها فلها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت عن نفسها وصارت أم ولد له)[١] لأنَّ لها جهتين في الحرية: أحدهما: عاجلٌ وهو المتعقبُ لبدلِ الكتابةِ، والآخرُ: آجل بغير بدلٍ، وهي أمية الولد، فتختار أي الجهتين شاءت، وولدُها ثابتٌ النسب من المولىٰ؛ لأن ملكَه ثابتٌ في الأم، وذلك كافٍ في صحةِ الاستيلادِ، وهو حر؛ لأنَّ المولىٰ يملك إعتاقَ ولدِ المكاتبِ لما مرَّ. وإن عجزت نفسها وصارت أمَّ ولد فحكمها ما تقدمَ، وإن اختارت المضيَ على الكتابةِ أخذت العقرَ من مولاها؛ لأنها أخصُّ بنفسها وبمنافعِها، وإن مات المولىٰ عتقت بالاستيلادِ وسقط عنها بدلُ الكتابةِ، وإن ماتت هي قبلَه وتركت مالًا أدي من ذلك المال بدل الكتابة ويرث ولدها الباقي؛ لأنَّ حكمَ الكتابة (باقٍ)[٢] وإن لم يترك مالًا فلا سعاية على الولدِ؛ لأنه حرٌّ وإن ولدت ولدًا آخر لم يلزمه المولىٰ إلَّا بدعوته؛ لأنَّ وطأها حرام عليه، فإن لم يَدَّعِه حتىٰ ماتت[٣] من غير وفاءٍ سعىٰ هٰذا الولد؛ لأنه مكاتب تبعًا لأمِه، ولو ماتَ المولىٰ بعدَ ذلك عتق وبطلت السعايةُ عنه؛ لأنَّ حكمَه حكمُ أمِّ الولد؛ لأنه ولدها فيتبعها[٤].

---

(١) ساقط من الأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) من (ب).

(٣) في (ب) و(ج): (مات).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٧، و«الكتاب» ٣/ ١٣٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٩١، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨.

قال: (وإذا كاتب (أم ولده)[(١)] جاز وسقط البدلُ بموته).

إذا كاتب المولىٰ أم ولده جازت الكتابةُ للإمكان والحاجةِ، أما (الأولُ فلأنه لا تنافي)[(١)] بين أميةِ الولد والكتابة؛ لأنهما جهتان في ٱستحقاق الحريةِ، وأما الثاني فحاجتها إلىٰ تعجيلِ العتقِ بأداء بدلِ (الكتابة)[(١)] قبل موتِ المولىٰ، فإذا مات المولىٰ عتقت وسقط عنها بدلُ الكتابةِ، أما الأول فلأنه حكم الٱستيلادِ، وأما الثاني فلأنَّ الغرضَ من البدل أن يعقب أداءه العتق، فإذا تحققَ قبل الأداء بطلَ؛ لعدم ترتبِ الغرض عليه، وبطلت الكتابةُ؛ لعدم الفائدةِ في إبقائها لتنجز العتق، ويسلم لها أولادها وأكسابها؛ لأنَّ فسخَ الكتابةِ في حقِّ البدل كان نظرًا لها، وفي إبقائها في حقِّ الأولادِ والأكساب نظر لها وذلك فيما قلنا[(٢)].

قال: (أو مدبرًا جاز، فإن ماتَ ولا مال (له)[(٣)] فهو يسعىٰ في ثلثي قيمتهِ أو كلِّ البدل، ويأمره بالسعايةِ في الأقل منهما لا من ثلثيهما).

رجلٌ كاتبَ مدبرًا له فالكتابةُ جائزةٌ؛ لما مرَّ من حاجته إلىٰ تحصيلِ العتقِ بأداء البدلِ معجلًا، ولا تنافي بين التدبير والكتابةِ، فإنَّ الثابتَ هو ٱستحقاقُ الحرية دون حقيقتِها، ثم إذا مات المولىٰ ولا مال له غير المدبر، فهو مخيرٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٤)] بين أن يسعىٰ في ثلثي قيمته،

---

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢٩٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٣-٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٩.

(٣) من (ج).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٣٤، و«المبسوط» ٧/ ١٩٥-١٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٩٢، و«الاختيار»

وبين أن يسعىٰ في جميعِ بدلِ الكتابةِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ[١]: عليه أن يسعىٰ في الأقلِّ من ثلثي قيمتهِ ومن جميع بدلِ الكتابة.

(وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللهُ[١]: عليه أن يسعىٰ في الأقلِّ من ثلثي قيمتِه ومن ثلثي بدلِ الكتابةِ)[٢] فمذهبُ أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ اللهُ مبني علىٰ تجزيء الإعتاقِ، فلما أستحق حرية ثلثه بالتدبيرِ السَّابق كان بدلُ الكتابة مقابلًا بثلثيه، فتنجز عتق ثلثه بالموتِ، ثم تلقاه جهتان لتحصيلِ العتقِ ببدل[٣] أحدهما معجل بالتدبيرِ وهو السعايةُ في ثلثي قيمتِه، والآخر مؤجَّلٌ بأداء بدلِ الكتابةِ علىٰ نجومه فيتخير في أيهما شاء.

وعندهما[١] الإعتاق لا يتجزأ، فهو حر وجب عليه أحد الدينين وبطلت الكتابة التي شرط فيها النجوم؛ لعدم الفائدةِ /٨٣ب/ في إبقائِها، وكل عاقل يختار أقلَّ الدينين علىٰ أكثرهِما، إلَّا أنَّ محمدًا رَحِمَهُ اللهُ[١] خالفَ أبا يوسفَ[١] في المقدارِ، فقال: تجب[٤] السعايةُ في الأقلِّ من ثلثي قيمتِه وثلثي بدلِ الكتابةِ لاكل بدل الكتابة؛ لأنَّ ثلثَ بدل الكتابة سقط بحرية الثلثِ بالموتِ فلم يجب البدلُ في مقابلته، ألا ترىٰ أنه لو سلم له الكلُّ بأن خرجَ من ثلثِ المالِ يسقطُ كلُّ بدلِ الكتابةِ، فههنا يسقط الثلثُ، فصار كما لو تأخر التدبيرُ عن الكتابة، والجواب: لهما أن جميعَ بدل الكتابة مقابلٌ بثلثي القيمةِ معنىٰ، وإن كان مقابلًا بالكلِّ صورةً؛ لأنَّ المدبرَ

٤/ ٢٦٤.

(١) «الكتاب» ٣/ ١٣٤، و«المبسوط» ٧/ ١٩٥-١٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٩٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤.

(٢) من (ب، ج). (٣) في (ب): (ببدلين). (٤) في (ج): (يجعل).

ٱستحق عتقَ ثلثِه ظاهرًا، والإنسانُ لا يلتزم المالَ بمقابلة ما يستحق عتقه ظاهرًا، فكان ملتزمًا لجميع البدلِ في مقابلة ثلثيه، وصار كما إذا طلَّقَ ٱمرأتَه ثنتين ثم طلقها ثلاثًا علىٰ ألفٍ، فإنَّ الألفَ مقابلةٌ بالواحدة (الباقية)[١] لدلالة الإدراقِ، فكذا هٰهنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابةُ؛ لأنَّ البدلَ مقابلٌ بالكلِّ إذ لا ٱستحقاقَ عنده في شيءٍ فافترقا.

قال: (أو دبَّر مكاتبه جاز ومضىٰ على الكتابة إن شاء، وإلَّا عجز نفسه وصار مدبرًا).

(إذا دبرَ المولىٰ مكاتبَه جازَ التدبيرُ لما بيَّنا، ويثبتُ له الخيارُ، إن شاء مضىٰ علىٰ كتابتِه، وإن شاء عجزَ نفسه وصار مدبرًا)[٢]؛ لأنَّ الكتابةَ عقدٌ غيرُ لازمٍ في حقِّ العبدِ، وإن كان لازمًا في حقِّ المولىٰ[٣].

قال: (فإن ماتَ (ولا مال له[٤] سواه فهو يسعىٰ)[٥] في ثلثي قيمتهِ وثلثي البدلِ، وقالا: في أقلهِما).

إذا دبَّر مكاتبَه ثم ماتَ ولا مال له سواه، فإن شاءَ سعىٰ في ثلثي قيمته، وإن شاءَ سعىٰ في ثلثي بدلِ الكتابةِ علىٰ نجومه عند أبي حنيفة[٦] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في (ج): (الثابتة).

(٢) في (ب): (ولا مال له سواه فإن شاء سعىٰ).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ١٩٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٢-٢٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٥٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

(٤) غير موجودة في (أ).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الهداية» ٣/ ٢٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

وقالا[١]: يلزمه الأقلُّ منهما.

وهٰذِه المسألة من فروع تجزيء الإعتاقِ وعدمه؛ لأنه حين ماتَ المولىٰ زال ملكَه عن ثلثه بالتدبيرِ، وبقي ثلثاه مملوكًا له عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[٢]، كما كان قبلَ الموتِ، فقد تصدىٰ له جهتان: السعاية في ثلثي قيمتهِ، وأداء ثلثي بدل الكتابةِ علىٰ نجومهِ؛ لأنَّ ثلثَه سقط بزوالِ ملكهِ عن ثلثه بالتدبير، فسقط ثلثُ بدلِ الكتابة، كما يسقط كله لو خرجَ من الثلثِ فيختار ما شاءَ منهما.

وعندهما[٣]: لما كان الإعتاقُ لا يتجزأ فعِتْق بعضِه عتقُ كلِّه، فصار حرًّا عليه ما يختاره من المالين، وكلُّ عاقلٍ يختارُ الأقلَّ ضرورةً.

قال: (ولو كاتباهُ فأعتقه أحدُهما فنصيب الآخرِ باقٍ على الكتابة، ويوجب على المعتق نصفَ قيمته قِنًّا، وأوجب السعاية في الأقل من نصف قيمته ونصف البدلِ).

رجلان كاتبا عبدًا ثم أعتقهُ أحدُهما عتق نصيبه، ونصيبُ شريكه باقٍ على الكتابة عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[٤] بناءً علىٰ تجزيء الإعتاق (عنده.

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الهداية» ٣/ ٢٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ٧/ ١٩٩، و«المنظومة» لوحة (٦٤)، و«الهداية» ٣/ ٢٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ٨/ ٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٩-٢٥٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٧.

وقال أبو يوسف[١] ومحمدٌ[١] رحمهما الله: عتق كلُّه؛ لعدم تجزيء الإعتاقِ)[٢] عندهما، إلَّا أنَّ أبا يوسف[١] رَحِمَهُ اللهُ يوجب على المعتقِ لشريكه نصفَ قيمته قنًّا؛ لأنه يملك نصيبَ شريكه في ضمن إعتاق الكلِّ فانفسخت الكتابةُ؛ لتعذُّر تملك المكاتب، وعند محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ[١]: يسعىٰ في أقلِّ الدينين اللذين هما نصف قيمته ونصف بدل الكتابةِ؛ لأنه يملك نصيبَ شريكه على الوصفِ الذي كان له وقت التملك، فكان حقُّه فيه دائرًا بين أمرين أن يؤدي الكتابةَ فيحصل له نصفُ بدل الكتابة، وأن يعجز ويُردُّ في الرقِّ فيحصل له ملكُ النصفِ، والمعتق يتملك هٰذا النصفَ بهٰذِه الصفة، فيلزمه بدلُ ما يملكه، وهو أحد الشيئين، والأقلُّ منهما متيقنٌ فيلزمه الأقلُّ.

قال: (والكتابة تتجزأ).

هٰذا أصل، وفروعه: إذا كاتبَ أحدُ الشريكين نصيبَه في العبد المشترك صحتْ كتابتُه في (نصيبه)[٣] وللشريك فسخُها، وقبل الفسخ يكون نصفُهُ مكاتبًا ونصفُه ملكًا للشريك، فيقتسمان أكسابَهُ، نصفًا للشريك والنصفُ الآخر للمكاتب؛ ليؤدي بدلَ الكتابةِ إلىٰ مولاه.

وقالا: يصير كلُّه مكاتبًا، ويسلم كسبه له، ويضمن المكاتبُ نصيبَ شريكه؛ لأنه يملكه عندهما[٤]؛ وهٰذا لأنَّ الكتابةَ من فروعِ الإعتاقِ،

---

(١) «المبسوط» ٨/ ٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٩-٢٥٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٧.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (نصفه).

(٤) «المبسوط» ٨/ ٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٩٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٦-٢٦٧، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٦.

فلا تتجزأ عندهما، وتتجزأ عنده[١].

قال: (ولو اشترىٰ أباهُ أو ابنه دخل في كتابته).

لأنه من أهلِ أن يكاتبَ فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلةِ بقدر الإمكان، ألا ترىٰ أنه لو كان من أهلِ الإعتاقِ يعتق عليه[٢]؟!

قال: (أو ذا رحمٍ مَحْرمٍ منه فله بيعُه).

المكاتبُ إذا اشترىٰ أخاهُ أو عمَّه أو ابن أخيه لا يتكاتب عليه عند أبي حنيفة[٣] رحمه الله ويجوز له بيعُهُ.

وقالا[٣]: يتكاتب عليه، ولا يجوز له بيعُه اعتبارًا بقرابة الولادِ، فإنَّ وجوبَ الصلةِ ينتظمهما، ألا ترىٰ إلىٰ تساويهما في حقِّ الحرية، وأنهما يعتقان بالشراء.

وله أنَّ المكاتبَ مالكٌ يدًا لا رقبةً، وليس له إلَّا سلامة الأكسابِ، فكان الكسبُ كافيًا في قرابة الولاد؛ لأنَّه تجب نفقةُ الوالدين والولد عند القدرة على الكسب ولا يكفي الكسبُ في غيرهما؛ فإنه لا تجب نفقةُ الأخ إلَّا على الموسرِ، فظهر التفاوتُ؛ ولأنَّ هٰذِه قرابةٌ متوسطةٌ بين بني الأعمامِ بقرابةِ الولادِ فألحقناها قرابة الولادِ في العتقِ، وبقرابة بني

---

(١) «المبسوط» ٨/ ٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٩٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٦-٢٦٧، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٦.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٩.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٢، و«الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«المبسوط» ٧/ ٧١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

الأعمامِ في التكاتبِ، وهٰذا أولىٰ؛ لكون العتقِ أسرع نفوذًا من الكتابةِ، ألا ترىٰ أن أحدَ الشريكين إذا كاتب كان للآخر ولايةُ الفسخ /١٨٤أ/ وإذا أعتق لم يكن له فسخُه[١].

قال: (أو أمَّ ولده وهو معها تكاتب عليه وحرم بيعُها، وإن لم يكن معها فله بيعُها).

إذا ٱشترى المكاتبُ أمَّ ولدِه الذي ٱستولدها بالنكاحِ والولدُ معها تكاتب ولدُه عليه، وامتنع بيع أمِّه تبعًا له. أما تكاتبُ الولدِ فلما تقدم، وأما ٱمتناعُ بيع الأمِّ فلأنها تابعةٌ للولدِ في هٰذا الحكم[٢]، قال ﷺ: «**أعتقها ولدُها**»، وأمَّا إذا ٱشتراها وليس الولدُ معها، قال أبو حنيفة رحمه الله[٣]: يجوزُ له بيعُها.

وقالا[٣]: لا يجوز؛ لأنها أمُّ ولده حقيقةً ٱعتبارًا بالحرِّ، فإنه لا يتفاوت حكمُها إذا ٱشتراها بين ما إذا كان معها ولدُها أو لم يكن. وله أنَّ القياسَ جوازُ بيعها وإن ٱشتراها مع ولدِها منه؛ لأنَّ كسبَ المكاتبِ موقوفٌ فلا يتعلق به ما لا يقبل الفسخَ، إلَّا أنَّه لما دخل الولدُ في كتابته دخلتِ الأمُّ بحكمِ التبعيَّةِ في كتابةِ الولدِ، فيحرُمُ بيعُها بناءً علىٰ تكاتبِ الولدِ؛ لأنَّ ٱتصافَ الولدِ الحاصل في ملك اليمين[٤] بصفةٍ شرعيةٍ قائمة بالأب

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٢، و«الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«المبسوط» ٧/ ٧١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٤٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

(٤) في (ج): (العين).

موجبٌ حرمةَ بيع أمِّه علىٰ أبيه، وبدون الولدِ لو حرم بيعُها لحرم ٱبتداءً، والقياسُ ينفيه، ولو ٱشترى الولدَ أولًا ثم ٱشتراها بعده، أو ٱشترى الأمَّ أولًا ثم (اشترىٰ)[1] الولدَ ثانيًا قيل: لا ينبغي أن يحرمَ بيعُها عنده؛ لأنَّ الحرمةَ إنما تثبت بحكم التبعيَّةِ للولدِ، فيشترط شراؤهما معًا لتثبت التبعيَّةُ؛ لأنه إذا ٱشترى الولدَ أولًا فإنَّ عدمَ الملكِ في الأمِّ يمنع ثبوتَ حكمِ التكاتبِ فيها عند شرائه فيبقي المنعُ بعد شرائها، (ولذلك[2] إذا ٱشتراها وحدها فإنه يجوز بيعُها؛ لعدمِ الولدِ الذي يستتبعها في كتابته، فيبيقي الجوازُ بعد شرائه)[3].

وقيل -وهو الأصحُّ-: إذا ٱشتراه أولًا ثم ٱشتراهما حَرُمَ بيعُها عند شرائها، وإذا ٱشتراها أولًا ثم ٱشترى الولدَ حرُم بيعُها عند شراء الولدِ؛ لأنَّ ٱتصافَ الولدِ بالصفةِ الشرعيَّةِ القائمةِ بالأبِ توجب حرمةَ بيعها على الأبِ، فإذا ٱشترى الولدَ أولًا وجد المقتضي لحرمةِ بيعها، والمانعُ قائمٌ، وهو عدمُ الملكِ، فإذا ٱشتراها زالَ المانعُ، وإذا ٱشتراها أولًا فالمقتضي غيرُ موجودٍ، وهو مكاتبُ الولد، فإذا ٱشتراه بعدها فتكاتب عليه وجد المقتضي، والمانعُ مرتفعٌ، فَيحْرُمُ بيعُها. وهٰذا بخلاف جاريةِ الحرِّ؛ لأنَّ حقيقةَ أميةِ الولدِ لا تثبت لجاريةِ المكاتب إذا ٱستولدها في ملكه حتىٰ إذا عجز كانت قنةً (للمولىٰ، وتثبت لجاريةِ الحرِّ إذا ولدت منه في ملكه، فثبت لها أميةُ الولد حقيقةً بملكه إياها بعدما ولدت منه)[3]، فلم يقع التفاوتُ بين ملكِها مع الولد وعدمه، وههنا كما لا تثبت

---

(١) من (ب).

(٢) في (ج): (وكذلك).

(٣) ساقطة من (ب).

حقيقة أم الولد لها في ملكِ المكاتب لا تصير داخلةً في كتابته حقيقةً، وإنما يحرم بيعها تبعًا للولدِ، فوقع التفاوتُ بين وجود الولد وعدمه[(١)].

قال: (وإذا كاتب مسلمٌ علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ أو قيمة نفسه فسدت).

إذا كاتب المسلمُ عبدَه المسلمَ علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ أو علىٰ قيمة نفسه فالكتابة فاسدةٌ؛ لأنَّ الخمرَ والخنزيرَ ليسا بمالٍ في حقِّ المسلم فلا يستحقهما بالعقد، والقيمة مجهولةٌ في قدرها وجنسها ووصفها، والجهالة المتفاحشة لا تتحمل في الكتابة، وصار كالكتابة علىٰ ثوب أو دابة؛ ولأنَّ الكتابةَ علىٰ قيمة العبد تنصيص علىٰ حكم العقدِ الفاسدِ؛ لأنَّ الكتابة الفاسدة توجب القيمة[(٢)].

قال: (فإن أدى الخمر حكمنا بعتقه ويسعىٰ في قيمته بالغة ما بلغت، ويحكم به لأداء عينها وقيمتها، والعتق بأداء العين معلقٌ باشتراطه في رواية).

إذا كاتب عبده علىٰ خمر فأدىٰ عينَ الخمرِ عتق[(٣)].

(وقال زفر[(٤)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ)[(٥)]: لا يعتق بأداء الخمرِ، وإنما يعتق بأداءِ قيمة

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٩٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٥.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٤-٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٤) «المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥.

(٥) في (ج): (وقالا زفر).

الخمرِ؛ لأنَّ البدلَ هو القيمةُ. وعن أبي يوسف[1] ﷺ أنَّه يعتق بأداء كلٍّ منهما، أمَّا العين فلأنه بدلٌ صورةً، وأمَّا القيمةُ فلأنها بدلٌ معنىٰ.

وعن أبي حنيفةَ[2] ﷺ أنَّ العتق بأداءِ عينِ الخمرِ موقوفٌ على ٱشتراطِ الأداءِ، فإذا قال: إن أديتَ إليَّ الخمرَ فأنت حرٌّ، فإنَّ العتقَ حينئذٍ يكون بالشرطِ لا بالعقدِ، وصار كالكتابةِ على الميتةِ أوالدَّمِ، ولا فصلَ بين الخمرِ وبينهما في ظاهرِ الرواية، وفصل في رواية، ووجه الفرق عليها: أنَّ الميتةَ ليست بمالٍ أصلًا، فلا يمكن ٱعتبارُ معنى العقدِ فيها، فاعتبر فيها معنى الشرطِ بالتنصيصِ على الأداءِ، وأمَّا الخمرُ والخنزيرُ فإنَّهما مالٌ في الجملةِ، فأمكن ٱعتبارُ معنى العقدِ فيهما، وموجبُ العقدِ هو العتقُ عند أداءِ البدلِ المشروط. وتعريف هذين المذهبين ومذهب زفر[1] ﷺ من الزوائد. وإذا عتق بأداءِ الخمرِ لزمه السعايةُ في قيمته؛ لأنَّه قد وجب عليه ردّ نفسه إلى المولىٰ قنًّا؛ بفسادِ العقدِ، وقد تعذَّر الردُّ بالعتق فوجب ردُّ القيمةِ، كما في البيعِ الفاسدِ عند تلفِ المبيع، ولا ينقص من المسمىٰ ويزاد عليه؛ لأنَّ الواجبَ في العقدِ الفاسدِ هو القيمةُ عند هلاكِ المعقودِ عليه بالغةً ما بلغت، وهٰذا لأنَّ المولىٰ لم يرض بالنقصانِ /٨٤ب/ والعبد رضي بالزيادةِ مخافة بطلانِ حقه في العتق، فتجب القيمةُ بالغةً ما بلغت.

قال: (ويُعتق بأداءِ قيمةِ نفسِه).

إذا كاتبه علىٰ أداء قيمة نفسه، فالكتابةُ فاسدةٌ علىٰ ما تقدَّم، وإذا أدى

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥.

(٢) «المبسوط» ٧/ ٢١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤.

القيمة عتق؛ لأنَّها هي البدلُ، وقد أمكن ٱعتبارُ معنى العقدِ فيه، والجهالةُ أثرُها في الفسادِ؛ بخلاف ما إذا كاتب علىٰ ثوبٍ حيث لا يعتق بأداءِ الثوبِ؛ لأنَّه لا يطلع علىٰ مرادِ العاقدِ؛ لتفاوتِ الأجناسِ، فلا يثبت العتقُ بدون إرادته[١].

قال: (والكتابةُ علىٰ عينٍ في يدِ العبدِ جائزةٌ في روايةٍ ويمنعها في أخرىٰ).

رجلٌ كاتَبَ عبدَه علىٰ عينٍ في يدِ العبدِ من كسبه جازتِ الكتابةُ، في رواية عن أبي حنيفة[٢]، وفي روايةٍ عن أبي يوسفَ عنه[٣] رحمهما الله أنها لا تجوز، وعن أبي يوسف[٢] أنه أجازها، وفي رواية: أنه يمنع جوازها -وهو قول زفر[٤] رضي الله عنه- فعن كل من الإمامين[٣] روايتان، ولا رواية عن محمدٍ[٣] رحمه الله، وجه الجواز: أنها كتابةٌ علىٰ بدلٍ معلوم مقدورِ التسليم فصلح[٥] بدلًا كالدين، وكما في البيعِ والنكاحِ والإجارةِ. وجه عدمِ الجواز: أنَّ الكتابةَ شرعت ليكون العبدُ مختصًا بأكسابه بحكم العقد فتناول[٦] حريةَ اليدِ في الحالِ وحريةَ الرقبةِ بأداءِ البدل من كسبه، ولو جازت هٰذِه الكتابةُ لكان الأداءُ من مالِ المولىٰ؛ لأنَّ كسبَ العبدِ حين العقد ملكُ المولىٰ فلم يستفد العبدُ بهٰذِه التسميةِ شيئًا، وكان

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«المبسوط» ٧/ ٢١٤، ٨/ ٢١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٢) «الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٤.

(٣) «الهداية» ٣/ ٢٨٥-٢٨٦.

(٤) «البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٥) في (ب): (فصح).

(٦) في (ب، ج): (لينال).

وجودُها كعدمِها، والكتابةُ بغير تسمية باطلةٌ[١].

فرعٌ: فلو كاتبه علىٰ عينٍ في يد غيره، فالكتابةُ فاسدةٌ في روايةٍ؛ لعدمِ القدرةِ علىٰ تسليمِ تلك العين، والمرادُ: شيءٌ يتعينُ بالتعيينِ، حتىٰ لو كاتبه علىٰ ألفِ درهمٍ معينةٍ وهي لغيرهِ جازتِ الكتابةُ؛ لأنَّ الدراهمَ في العقودِ لا تتعيَّن (بالتعيين)[٢] فتعلق العقد بدراهم دين في الذمة فصحَّ العقدُ، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣] في روايةِ الحسن أنَّ الكتابةَ جائزةٌ، حتىٰ إذا ملك تلك العينَ وسلَّمها إلى المولىٰ عتق، وإن عجز عن ملكِها وتسليمِها رُدَّ في الرِّق؛ لأنَّ المسمَّىٰ في العقد مالٌ، والقدرةُ على التسليمِ موهومٌ فأشبه الصداقَ، ووجه الفرقِ على الروايةِ الأولىٰ: أنَّ العينَ في المعاوضاتِ معقودٌ عليه، والقدرةُ علىٰ تسليمِ المعقودِ عليه شرطُ (صحةِ العقدِ إذا كان قابلًا للفسخ كالبيعِ، وأمَّا الصداقُ فالقدرةُ علىٰ تسليم ما هو المعقودُ عليه في بابِ النكاح ليس بشرطِ)[٤] صحته، والصداقُ تابعٌ (فلأن لا)[٥] يكون القدرةُ عليه شرطًا أولىٰ[٦].

فرع: فلو أجاز صاحبُ العين ذلك فعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٧] جوازُ الكتابةِ اعتبارًا بالبيعِ فإنَّه يجوز عند الإجارةِ فالكتابةُ أولىٰ، وعن أبي حنيفة

---

(١) «الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٤.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في الأصل (فلا)، والمثبت من (ب) و(ج).

(٦) «فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٨.

(٧) «الهداية» ٣/ ٢٨٦.

رحمه[١] الله أنَّه لا يجوز؛ لأنَّ الإجارةَ تلتحق بوقتِ العقدِ فتصير العينُ ككسب العبدِ من حين العقد، وكسبه وقت العقد ملكُ المولىٰ، فكانت الكتابةُ علىٰ مالِ المولىٰ لا علىٰ مالٍ مكتسبٍ للعبد بعد العقدِ فلا يجوز، وعن أبي يوسف رحمه الله[١] أنَّ الكتابة جائزةٌ، أجاز صاحبُ العينِ أولم يجز؛ لكنه إن أجاز وجب تسليمُ العينِ، وعند عدمِ الإجازةِ يجب تسليمُ القيمةِ كما في النكاح، والجامع صحةُ التسميةِ باعتبار أنه مالٌ.

فرعٌ: ولو ملك العبدُ تلك العينَ، فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا أدَّاه لا يعتق، وعلىٰ هٰذِه الرواية لا يكون العقدُ صحيحًا إلَّا أن يقولَ: إنْ أديتَ إليَّ فأنتْ حرٌّ، فيكون العتقُ حكمَ الشرطِ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق مطلقًا، شُرِطَ العتقُ عند الأداءِ أو لم يشترط؛ لأنَّ العقدَ ينعقد مع فسادِهِ؛ لأنَّ المسمَّىٰ مالٌ فيعتق بأداءِ المشروط[١].

قال: (أَوْ علىٰ ألفٍ علىٰ أن يردَّ المولىٰ عليه عبدًا بغيرِ عينِهِ يجيزها).

رجلٌ كاتب عبدّه علىٰ ألفِ درهمٍ علىٰ أن يردَّ المولىٰ إليه عبدًا بغير عينه، أو ٱستثنى العبدَ فسدتِ الكتابةُ عند أبي حنيفة[٢] ومحمدٍ[٢]، وقال أبو يوسف[٢] رحمهم الله: هي جائزةٌ، وتقسم الألفُ علىٰ قيمة المكاتب وقيمةِ عبد وسطٍ، فما أصاب العبد سقط، وما أصاب قيمة العبد وجب، ويكون مكاتبًا بما يبقي؛ لأنَّ العبد صالحٌ لأن يكون بدلًا فيصحُّ ٱستثناؤه من البدل؛ لأنَّ الجهالةَ المتطرقةَ إلى الباقي بعد الثنيا ناشئةٌ من جهالة المستثنىٰ، وجهالةُ العبدِ غيُر مانعةٍ من صحةِ الكتابةِ، فلا تكون الجهالةُ

---

(١) «الهداية» ٣/ ٢٨٦.

(٢) «الهداية» ٣/ ٢٨٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٤-٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٣-٢٤.

في الباقي مانعةً، ولهما أنَّ ٱستثناءَ العبدِ من الألفِ غيرُ صحيحٍ؛ لعدمِ المجانسةِ، وإنما المستثنىٰ هو قيمتُه، والقيمةُ لا تصلح بدلًا فلم يصحَّ ٱستثناؤها من البدلِ؛ ولأنَّ هٰذِه كتابةٌ بالحصة كأنه قال: كاتبتك علىٰ حصتك من الألف إذا قسمت علىٰ قيمتك وقيمة عبد وسط، وأنه لا يجوز لتفاحشِ الجهالةِ.

قال: (أو علىٰ حيوانٍ غير موصوفٍ جازت).

يريد به إذا ذكر الجنسَ وأهمل النوعَ والوصفَ. وينصرف إلى الوسط ويجبر علىٰ قبولِ القيمة، وقد مرَّ في (باب)[1] النكاح[2].

أمَّا إذا لم يذكر جنسًا بأن قال: دابةٌ، لا يجوز؛ لاشتماله علىٰ أجناسٍ متفاوتةٍ فتتفاحش الجهالةُ، وإذا بيَّن الجنسَ كالعبد فالجهالةُ يسيرةٌ، فتحتمل في الكتابة، والقياس أن لا يجوز[3] -وهو قول الشافعي[4] رَحِمَهُ اللَّهُ- لأنَّه معاوضةٌ فأشبه البيعَ، ووجه الٱستحسان أنه معاوضةُ مالٍ بغير مالٍ، أو بمال إلَّا أنَّه يسقط به الملكُ فأشبه النكاحَ، والجامع أنهما يبتنيان على المسامحةِ فيهما، بخلافِ البيعِ.

---

(١) من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٢، و«المبسوط» ٧/ ٢١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٨٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٥.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٨٧، و«درر الحكام» ٢/ ٣٠٤، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ١٧.

(٤) «الأم» ٨/ ٤٣-٤٤، و«المهذب» ٢/ ١٢.

قال: (وكتابة المرتدِّ تبطل بقتله /١٨٥أ/ مرتدًا، ونجيزها كتصرف الصحةِ لامرض الموت).

قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: المرتدُّ إذا كاتب عبدَه ثم قُتِلَ على الردَّةِ بطلتِ الكتابةُ؛ لأنَّ تصرفاتِ المرتد موقوفةٌ عنده، فإذا قتل مرتدًا كان كأنه مات من حين الردة، ولا تصرُّفَ للميت.

وقال أبو يوسف[2]: تجوز كتابتُه؛ لأنَّ تصرفاتِ المرتدِّ عنده نافذةٌ كتصرفاتِ الأصحاءِ؛ لأنَّ عقدَه بعد الردةِ معتبرٌ عندهما، ولهذا كان كسبُه زمانَ الردَّةِ ميراثًا لورثته المسلمين عندهما.

وقال محمد رحمه الله[2]: (تنفذ تصرفاتُه كتصرفات)[3] المريضِ مرضَ الموت نظرًا إلى انعقاد سببِ الهلاكِ في حقِّه وهو الرِّدةُ.

قال: (ولو كاتبه الابنُ بين ردَّةِ أبيه وقتله أبطلناها).

إذا ارتدَّ عن الإسلام، وله عبدٌ فكاتبه ابنه بعد ردّةِ أبيه، ثم قتل أبوه على الردة لا ينفد عقده عندنا[4].

وقال زفر[2] رحمه الله: ينفذ؛ لأنَّه إذا قتل المرتدُّ يصير الابنُ وارثًا له من آخر أوقاتِ الإسلام، فيكون مكاتبًا عبدَ نفسه فينفذ. ولنا أنه حالة الكتابة لم يكن في ملكه، فلا ينفذ عقدُه عليه بملكٍ حادثٍ بعده، كما لو باع عبدَ غيرِه ثم اشتراه.

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٢٣٤، و«الهداية» ٢/ ٤٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٦.

(٢) «المبسوط» ٧/ ٢٣٤.

(٣) في (ب) ينفذ تصرفه كتصرف.

(٤) «المبسوط» ٧/ ٢٣٤، و«الهداية» ٢/ ٤٦٢، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ١٨.

قال: (ولو كاتبهما معًا بألفٍ إن أدَّيا عتقا، وإن عجزا ردَّا حكمنا بعتقهما لأداء الكلِّ لا بعتق أحدهما بأداء نصيبه).

رجلٌ كاتب عبديه كتابةً واحدة بألف درهم علىٰ أنهما إن أدَّيا الألفَ عتقا وإن عجزا رُدّا في الرِّقِ جازتِ الكتابةُ، ولا يعتق واحدٌ منهما إلَّا بأداء الكلِّ[1].

وقال زفر رحمه الله[2]: إذا أدىٰ أحدهما نصيبَه عُتقَ؛ لأنَّ كلًّا من العبدين لم يلتزم إلّا بقبول حصةِ نفسه من البدل، ولم يلتزم بحصةِ صاحبهِ من غير شرطٍ، وصار كما لو كاتبهما علىٰ ألفٍ كتابةً واحدةً ولم يزد علىٰ ذلك.

ولنا: أنَّ المولىٰ علَّق عتقهَما بأدائهما حيثَ قال: إن أدَّيا عتقا، وإن عجزا رُدّا في الرق، فلا يعتق أحدُهما بدون ذلك؛ (لاستلزامه)[3] خروجَ أحدهِما عن مِلكه بدون رضاه وأنَّه منتفٍ وصار كما لو قال: إن دخلتما هٰذِه الدارَ فأنتما حرَّان، لم يعتق أحدُهما بالدخولِ وحدَه، بخلاف ما ٱستشهد به؛ لأن كلًّا منهما لم يلتزمه بقبوله العقدَ إلَّا ما يخصُّه من البدل، وكذلك المولىٰ لم يشترط علىٰ كلِّ واحدٍ منهما إلَّا حصته من (الألفِ حيثُ أوجب العقدَ لهما ببدلٍ واحدٍ فيكون شارطًا علىٰ كلٍّ منهما حصتَه من)[4] البدلِ،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٠، و«المنظومة» لوحة (١٠٦)، و«الكتاب» ٣/ ١٣٢، و«المبسوط» ٨/ ١٣-١٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٢٦، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٤.

(٢) «المبسوط» ٧/ ٢١٠، ٨/ ١٤.

(٣) في (ب): (لالتزامها).

(٤) ساقط من (ب).

فإذا أدىٰ أحدُهما نصيبَه عتق أمَّا ما نحن فيه فقد علق عتقهمَا بأدائهِما فافترقا.

قال: (أو علىٰ أن كلًّا ضامنٌ عتقا بأداء أحدهِما ورجع علىٰ صاحبِه بنصيبه).

إذا كاتب الرجلُ عبديه كتابةً واحدةً علىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ عن الآخر جاز ذلك آستحسانًا، ويجعل كلُّ (واحدٍ)[1] منهما أصلًا في وجوبِ الألف عليه، ويكون عتقُهُما معلقًا بأدائه، ويجعل كفيلًا بالألفِ في حقِّ صاحبه تصحيحًا (لتصرفهِم لحاجتهِم)[2] إلى الخروجِ عن الرِّقِ، وإذا كان كذلك فأيهما أدىٰ عُتِق؛ لوجود الشرطِ ويرجع علىٰ شريكه بنصف ما أدىٰ؛ لأنَّه قد قضىٰ دينًا عليه بأمره فيرجع تحقيقًا للمساواة بينهما[3].

قال: (أو علىٰ ألف وخدمته أبدًا فسدتْ، فإن أدَّاها وهي أكثرُ من قيمتِهِ حكمنا بعتقِهِ من غير آستردادِ الفضلِ).

رجلٌ كاتب عبدَه علىٰ ألف علىٰ أن يخدمَه أبدًا فالكتابةُ فاسدةٌ؛ لأنَّ هٰذا الشرطَ مخالفٌ لمقتضى الشرعِ؛ لأنَّ مقتضى العقدِ أن يصيرَ المكاتبُ أحقَّ بمكاسبِهِ ونفسِهِ، وشرطُ (الخدمةِ)[4] أبدًا ينافيه، فلو أدى الألفَ عُتقَ بغير خلافٍ، فإن كانت قيمتُه أكثرَ من الألفِ دفع إلى المولىٰ ما يفضل به

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) في (ب): (لتصرفهما لحاجتهما).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣٢، و«المبسوط» ٧/ ٢١٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الاختيار» ٤/ ٢٢٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٩.

(٤) في (ج): (الحرية).

قيمتُه على الألف؛ لأنَّه لما عتق فقد سلمت له نفسه بحكم عقدٍ فاسدٍ فيضمن القيمةَ تامةً كما في البيعِ الفاسدِ، وقد أدىٰ منها ألفًا فيجب إتمامُها، وإن ساوت قيمتُه الألفَ فقد خرج عن العهدةِ، وإن كانت الألفُ أكثرَ من قيمته فلا يسترد العبد من المولىٰ شيئًا[١].

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: يسترد منه الفضلَ كما في البيعِ الفاسدِ، فإن العقد الفاسد لا يجب به الزائد على القيمة فيترك في يد المولىٰ من الألف قدر قيمته؛ لوجوبه عليه، ويسترد الباقي لعدم الوجوب.

ولنا[٢]: أنَّ العبدَ رضي بسلامةِ الألفِ للمولىٰ عوضًا عن سلامةِ نفسهِ له، والمولىٰ لم يرض بعتقه إلَّا بسلامةِ الألفِ كاملةً، فوجب أن لا يسترد الفضلَ من قيمته دفعًا للضررِ عن المولىٰ، علىٰ أنَّ المعتبرَ في البيعِ الفاسدِ إنما هو القبضُ، وأنه لا يوجب الزائدَ على القيمةِ، (فكان للمشتري)[٣] أن يستردَ الزائدَ علىٰ قيمةِ المبيعِ من الثمنِ، والمعتبرُ هٰهنا العقدُ والشرطُ جميعًا، فالعقدُ وإن ٱقتضى الٱستردادَ فالشرطُ لا يقتضيه؛ لترتبِ المشروطِ عليه وهو العتق، فلا يثبتُ حقُّ الٱستردادِ بالشكِّ.

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٣٢، و«المبسوط» ٧/ ٢١١-٢١٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٦.

(٢) «المبسوط» ٧/ ٢١٢.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

قال: (وإذا عجز عن نجمٍ فإن كان له دين يقبضه أو مال تقدَّم أنظره الحاكمُ يومين أو ثلاثةً وإلا عجزه بطلبِ مولاه وردَّه في الرقِّ، ويأخذ المولىٰ أكسابه ويأمر بتأخيره نجمين).

المكاتب إذا عجزَ عن أداءِ نجمٍ ينظرُ الحاكمُ في حاله، فإن كان له مالٌ يرجو وصولَه أنظره يومين أو ثلاثةً ولا يزاد علىٰ ذلك؛ لأنها المدةُ المضروبةُ لإبلاء العذر وفي إمهالِ المديونِ للقضاءِ ونحوه، وفي إنظارهِ نظرٌ من جانبِ المكاتبِ والمولىٰ وإن لم يكن له /٨٥ب/ جهةٌ وطلب المولىٰ تعجيزه عجزه الحاكمُ وعاد إلىٰ أحكامِ الرقِّ[1].

وقال أبو يوسف رحمه الله[1]: لا يعجزه حتىٰ يتوالىٰ عليه نجمان؛ لقول عليٍّ رضي الله عنه[2]: إذا توالىٰ على المكاتبِ نجمان يردُّ إلى الرقِّ، وهٰذا تعليقٌ للردِّ بتوالي نجمين فينعدم عند عدمه، ولأنَّ الكتابةَ عقدُ إرقاقٍ فيتحمل فيه ذلك.

ولهما: أنَّ بحلولِ نجمٍ صارَ كالكتابةِ علىٰ مالٍ حالٍ في حقِّ هٰذا النجمِ، وفي الحالِ لا ينتظر أكثرَ من ثلاثةِ أيامٍ، فكذا ما هو في معناه؛ ولأن العجزَ سببٌ الفسخِ، وقد وجد، فإنَّ العاجزَ عن نجمٍ أعجزُ عن نجمين، واليومان والثلاثةُ ليس بتأخيرٍ بل هي ضروريةٌ لإمكانِ الأداءِ فيها، والأثرُ معارضٌ بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ مكاتبةً له عجزت

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٨٦، و«الكتاب» ٣/ ١٣٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٨.

(٢) «خلاصة البد المنير» ٢/ ٤٦٣.

عن نجمٍ فردَّها إلى الرقِّ، فتعارض الأثران، والتمسكُ بأثرِ ابن عمرَ رضي الله عنهما أولىٰ؛ لأنَّ الأولَ ليس فيه ما يدلُّ علىٰ أنه لا يردُّ في الرقِّ عند الأداءِ عن نجمٍ واحدٍ، وفيما رويناه دلالةٌ عليه بحرفِ الفاءِ الدالِّ على التعقيبِ.

فرع: وإن عجزَ عن نجمٍ (واحد)[1] عند غير القاضي فردَّه مولاه برضاه جازَ الفسخُ؛ لأنَّ الفسخَ يجوز بالتراضي من غير عذرٍ فبعذر أولىٰ، وإن أبى العبدُ ذلك فلابدَّ من القضاءِ بالفسخِ؛ لأنه عقدٌ لازمٌ فلابدَّ في فسخه من الرضا أو القضاء كسائرِ العقودِ، وإذا عاد في الرقِّ عادت الأكسابُ لمولاه (لأنَّ بالفسخِ يعودُ كأن لم تكن الكتابة)[2] وما في يده لمولاه؛ لأنها كسبُ عبدِه[3].

قال: (وإن مات عن مال قضىٰ[4] كتابته منه وحكمَ بعتقه في آخرِ حياتهِ ولا نبطلها).

المكاتبُ إذا ماتَ وله مالٌ لم تنفسخ الكتابةُ، بل يقضىٰ ما عليه من مالهِ ويحكم بعتقهِ في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياتهِ، وما يفضل من ذلك يقتسم ورثته ويعتق[5] أولاده.

وقال الشافعي[6] رضي الله عنه: يموتُ عبدًا وما تركه لمولاه وتبطل الكتابةُ. والمسألةُ مختلفةٌ في الصدرِ الأولِ فإمامُه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه وإمامنا عليٌّ وابنُ مسعود رضي الله عنهما.

---

(١) من (ب).
(٢) في (ج): (لأن الفسخ لغوٌ فكأن لم تكن).
(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٨-٦٩.
(٤) في (ب): (فقبضت)، وفي (ج): (قضيت).
(٥) في (ب): (ولا يعتق).
(٦) «الأم» ٨/ ٥٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٩٠.

وله أنَّ المقصودَ من الكتابةِ العتقُ وقد فات، فيفوت العقدُ لفواتِ مقصودِهِ؛ وهٰذا لأنه إما أن يعتق بعد الموتِ قصدًا أو قبله أو بعد الموتِ ثم يستند، والأولُ باطلٌ لبطلانِ المحليةِ، والثاني لفقدِ الشرطِ وهو الأداءُ، والثالث لأنَّ الاَستنادَ يعتمدُ الثبوتَ في الحالِ وقد تعذَّر.

ولنا: أنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضةٍ فلا يبطل بموتِ المكاتبِ كما لا يبطل بموتِ المولىٰ تسويةً بينهما، والجامعُ الحاجةُ إلىٰ إبقاءِ هٰذا العقدِ إحياءً للحقِّ، وبل أولىٰ؛ لأنَّ حقَّه (آكد)[1] من حقِّ المولىٰ؛ لأنه لا يتمكنُ من فسخه بدون رضا العبد، ولأنَّ البدلَ كان في ذمته، وذمته غير صالحةٍ لبقاءِ الدَّين بالموتِ، ألا ترىٰ أن الأجلَ يحل به فينتقلُ إلى التركةِ كسائرِ الديونِ فخلت الذمةُ، وخلو الذمةِ يوجبُ العتقَ، إلَّا أنه لا يحكم به مالم يصلُ البدلُ به إلى المولىٰ؛ رعايةً لحقه، وليتحقق خلو الذمةِ؛ لاحتمالِ هلاكِ التركةِ قبلَ الأداءِ، فعند الوصولِ حكم بحريتهِ في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته بإستناد سببِ الأداءِ إلىٰ ما قبل الموتِ ويقام أداء خلفه مقامَ أدائه ويعتق أولاده تبعًا له، وإذا فضل شيء كان لورثته؛ لأنه جزَّأهم أحزابًا.

قال: (أو عن مولودٍ في الكتابةِ سعىٰ كالأبِ والولد المشترىٰ يؤدي حالًّا وإلا يرد، وجعلاه كالأولِ).

المكاتبُ إذا ماتَ عن غيرِ مالٍ وخلفَ ولدًا مولودًا له في كتابتهِ سعى الولدُ كالأبِ -يعني: علىٰ نجومِه- فإذا أدى الكتابةَ حكمَ بعتق أبيه في آخرِ

---

(١) في (ج): (أكثر).

جزءٍ من أجزاءِ حياتهِ وعتق الولدُ، وإن كان الولدُ مشترىٰ فإما أنَّ يؤدي البدلَ حالًّا، وإلا يردُّ في الرقِّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

وقالا[1]: هو كالمولودِ في الكتابةِ.

أما الأولُ فلأنَّ الولدَ داخلٌ في كتابةِ أبيه، وكسبُهُ ككسبِهِ فيخلف أباه في الأداءِ، وصارَ كما إذا ماتَ عن وفاء.

ولهما: في الثاني أنه يكاتبُ عليه تبعًا حتىٰ يملك المولىٰ إعتاقه فيبقىٰ عقدُ الكتابةِ ببقائه كالمولودِ في الكتابةِ، وله وهو الفرقُ أنَّ الأجلَ إنما يثبتُ بالعقدِ فلا يثبتُ في حقِّ من لم يتناوله العقدُ لا مقصودًا ولا متصلًا به حكم العقدِ بالسرايةِ، والولدُ المشترىٰ ليس بمحلٍّ للعقدِ؛ لأنه لم يرد عليه فلا يبقىٰ ببقائهِ لفواتِ محلهِ، بخلافِ الولدِ المولودِ في الكتابةِ لأنَّ حكمَ العقدِ سرىٰ إليه حالةَ الاتصالِ فصار معقودًا عليه، فقامَ مقامَ أبيه بعد موتِهِ فبقي العقدُ ببقائه، والولدُ المشترىٰ يكاتب عليه بحكمِ التبعيةِ، فإذا[2] فات العقدُ بفواتِ المتبوعِ فاتَ في حقِّ التبعِ أيضًا لكنه إذا (أدىٰ في الحال)[3] فقد ظهرَ أن أباه ماتَ عن وفاءٍ، وأنَّ الكتابةَ باقيةٌ وأنه ماتَ حرًّا، وحكمُ الأبِ المشترىٰ حكمُه.

قال: (ولو كاتبها بشرطِ الخيارِ فولدت في المدةِ وهلكت فأجاز أبطلها، وقالا: يسعى الولدُ كأمِّه).

رجلٌ كاتبَ أمتَه علىٰ أنه بالخيارِ ثلاثةَ أيامٍ فولدت ولدًا في مدةِ الخيارِ

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٣١، و«الهداية» ٣/ ٣٠٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٧، و«درر الحكام» ٢/ ٢٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٠.

(٢) بعدها في (ب): مات.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

وهلكت الأمُّ وبقي الولدُ بطلت الكتابةُ عند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١] ولم تصح إجازةُ المولىٰ. وقال أبو حنيفة[١] وأبو يوسف[١] رحمهما الله: لم تبطل الكتابةُ وله الإجازة، فإذا أجازَ يسعى الولدُ في الكتابةِ علىٰ نجومِ أمِّهِ، فإذا أدى البدلَ عتقَ /١٨٦أ/ وحكم بعتقِ أمهِ في آخرِ جزءٍ من أجزاء حياتها، وهٰذا ٱستحسان. ولمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ (هو)[٢] القياسُ، وهو أنَّ المعقودَ عليه قد هلكَ فيبطل العقدُ كما لو باعَ أمةً علىٰ أنَّ البائعَ بالخيارِ ثلاثًا فولدت في المدةِ وهلكت؛ وهٰذا لأنَّ الأمةَ لم تصر مكاتبةً بعد، فلم يحدث الولدُ على الكتابةِ ليبقى العقد ببقائهِ، ولهما أنَّ عقدَ الكتابةِ ٱنعقدَ علىٰ وجهٍ ينفذ بالإجازةِ في المدةِ علىٰ جميعِ أجزائها، وهٰذا الولدُ متصلٌ بها زمانَ الٱنعقادِ قابل لحكم الكتابة؛ لأنه قابلٌ لنفسِ الحريةِ فيتناوله العقدُ على الصفةِ التي ٱنعقد عليها وهو ترتبُ النفاذِ على الإجازة في مدةِ الخيارِ، وهٰذا العقد ورد على الولد بالأصالة كما ورد على الأم لقبول حكمه، فثبت فيه هٰذا النوع في حق الحرية ٱعتبارًا بحقيقتها (ويبقى العبد)[٣] ببقائه فترتب النفاذُ على الإجازةِ، بخلاف ولدِ المبيعةِ بشرطِ الخيارِ؛ لأنَّ البيعَ لم يرد على الولدِ؛ لعدم قبولِ الولدِ بحكمه، وإنما يثبت فيه ما يثبتُ في الحكمِ تبعًا لها، ولم يثبت حكمُ البيعِ في الأصلِ فلا يسري إلى التبعِ[٤].

---

(١) «المنظومة» لوحة (٧٤)، و«الفروق» للكرابيسي ١/ ٢٦٢، و«المبسوط» ٨/ ٧٢-٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٠، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٢١.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (ويبقى العقد)، وفي (ج): (يسعىٰ).

(٤) «المبسوط» ٨/ ٧٢-٧٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ١/ ٥٧١، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٠، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٢١.

قال: (ولو لحق بدارِ الحرب مرتدًّا وترك مالًا منعنا الحكمَ بموته، ثم إن عاد مسلمًا أخذه، وإن مات أدىٰ عنه).

المكاتبُ إذا ارتد -والعياذ بالله- ولحق بدارِ الحربِ وتركَ مالًا في الإسلامِ فالأمرُ موقوفٌ، حتىٰ لو عادَ مسلمًا يسلم إليه ماله ويكون كما كان قبلَ الردةِ، وإن ماتَ أدىٰ عنه بدلَ الكتابةِ من ماله وقسم الباقي بين ورثتِهِ[(١)].

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[(٢)]: لحاقهُ كموتِهِ فيحكم به ويؤدىٰ بدل الكتابةِ منه ويقسم الباقي بين ورثته ٱعتبارًا بالحرِّ، فإنه إذا لحقَ مرتدًا يحكم بموته حتىٰ يعتقَ مدبروه، وأمهاتُ أولادِهِ، ويحل ما عليه من الديونِ المؤجلةِ، ويقسم ماله بين ورثته. ولنا -وهو الفرق- أن اللحوقَ باعتبار ذاته ليس بموت وإنما جعل موتًا حكمًا باعتبار صيرورة المرتدِّ حربيًّا، وأهل الحربِ في حقِّ المسلمين كالموتىٰ، وهٰذا المعنىٰ لا يوجد في المكاتبِ لقيام حقِّ المولىٰ في رقبته، وقيام ملكه في رقبته يمنعُ من جعله حربيًّا حكما، بل هو كالمرتدِّ في دار الإسلام، ولهٰذا قال: المكاتب إذا ٱرتدَّ ولحق بدارِ الحربِ ثم ٱكتسب أموالًا ثم أخذ أسيرًا وأبىٰ أن يُسلم فقتل وأدىٰ من أكسابه مكاتبته ٱقتسم ورثته ما يبقىٰ من أكسابه عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[(٣)]، وإن كان الحرُّ لا يرث المرتد ما ٱكتسبه حالَ ردته لما أن في كسبِ المكاتب حقًّا للمولىٰ باعتبارِ أنه له عند عجزه، والمولىٰ مسلم فقيامُ حقِّه صار مانعًا من جعلِ ما ٱكتسبه حالَ الردة فيئًا، فصار ما ٱكتسبه حالَ الإسلامِ والردةِ سواء.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٦٣، و«المبسوط» ٧/ ٢٣٤-٢٣٥، و«الفتاوى الهندية» ٥/ ٦، ١٨.

(٢) «المبسوط» ٧/ ٢٣٥.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٦٣.

قال: (ولو قَتَل خطأ فصالحَ علىٰ مالٍ أو أقرَّ به فقضي عليه بالقيمةِ ثم عجز فردَّ أو أقرَّ به عمدًا ثم صالح، فهو مطالب به بعد العتق، وقالا مطلقًا).

المكاتبُ إذا قتل رجلًا خطأ فصالحَ أولياءَ القتيلِ علىٰ مالٍ أو أقرَّ بأنه قتله خطأ، فقضى القاضي عليه بقيمته، ثم عجز عن أداءِ بدلِ الكتابةِ ورد في الرقِّ قبل أداءِ ما قضىٰ عليه به، أو أقرَّ بأنه قتل عمدًا ثم صالحَ الأولياءَ علىٰ مالٍ.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: لا يؤاخذُ بذلك إلَّا بعد الحريةِ لا في الحال.

وقالا[١]: يؤاخذ به مطلقًا في الحالِ وبعد الحرية؛ لأنَّ الصلحَ صحيحٌ بدليل صحةِ أداءِ بدل الصلحِ منه قبل أداءِ بدلِ الكتابةِ وبعده، فإذا لم يؤد حتىٰ عجز ورد في الرق وقد ٱستقرَ بدلُ الصلحِ دينًا عليه لا يبطل كدين ظهر بالإقرار قبل العجزِ أو ثبت بالشراءِ أو الٱستهلاكِ، وله أنَّ بدلَ الصلحِ ليس بتجارةٍ ولا كسب؛ لأنه مقابلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ، فلم يكن نافذًا في حقِّ المولىٰ، وإنما يطالبُ[٢] به قبل العجزِ؛ لأنه يؤديه من كسبه من غير ضرر يلحقُ المولىٰ، وكذا إقراره بالخطأ، وقضاءُ القاضي عليه بالقيمةِ غير لازم للمولىٰ؛ لأنه ليس من بابِ التجارةِ والكسب فصار كعبدٍ محجورٍ قتل عمدًا، وللقتيل وليَّان فإنه يقتلُ به فإن عفا أحدهما ٱنقلبَ نصيبُ الآخر مالًا (يؤاخذ)[٣] به العبدُ بعد العتق، والعبدُ روحٌ ومالٌ، والقصاصُ يتعلق به باعتبارِ أنه روح فصح، وأما باعتبارِ أنه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ٣/ ١٦٥، و«المبسوط» ٧/ ٢٢٣.

(٢) في (ب): (يطالبه).

(٣) في (ب): (لا يؤاخذ).

مالُ المولىٰ فلا يصح في الحالِ إقراره به ولا صلحه دفعًا للضررِ عنه، وصار كما لو عجزَ بعد الإقرارِ قبل القضاءِ بالقيمةِ.

قال: (ولو جنىٰ خطأً ثم عجز قبلَ القضاء خيرَّنا مولاه بين الدفعِ والفداءِ ومنعنا مطالبةَ العبدِ في الحال).

المكاتبُ إذا جنىٰ جنايةً خطأً ثم عجزَ فردَّ في الرقِّ قبل أن يقضي القاضي عليه بموجبها يخير مولاه بين دفعه بالجنايةِ (وبين أن يفديه بأرشِها، وليس له مطالبةُ العبدِ في الحالِ بقيمته.

وقال زفر ﷺ[1]: له ذلك؛ لأنَّ موجبَ الجناية)[2] -وهو القيمة- كان دينًا على المكاتبِ حالَ الكتابة فيبقىٰ بعد العجزِ كسائرِ الديونِ يباع فيه، وصار كما لو عجز بعد القضاءِ بالقيمة.

ولنا: -وهو الفرق /٨٦ب/ بين القضاءِ وعدمه- ما يذكر في المسألةِ المتعقبةِ لهٰذِه[3].

قال: (ولو تكررت قبلَ القضاءِ أوجبنا قيمة واحدة لا متعددة).

المكاتبُ إذا جنىٰ جنايةً خطأً فإنه يسعىٰ في الأقلِّ من قيمتِهِ ومن أرشِ الجناية؛ لأن دفعه متعذر لمكان الكتابةِ، فإنه أحقُّ بكسبه، وموجبُ الجنايةِ عند تعذرِ الدفع علىٰ مَن الكسب له، ألا ترىٰ أن موجب جناية المدبر وأم الولد على المولىٰ؛ لأنَّ كسبَهما له، فإن جنى المكاتبُ أخرىٰ بعد ما قضي عليه بموجبِ الجنايةِ الأولىٰ يلزمه موجب الثانية أيضًا، وهو الأقلُّ من قيمته

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٢٢٤، و«الهداية» ٣/ ٣٠١-٣٠٢.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ٣/ ١٦٥، و«المبسوط» ٧/ ٢٢٣، و«الهداية» ٣/ ٣٠١-٣٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٢.

ومن أرشها؛ لأنَّ موجبَ الأولىٰ صار دينًا في ذمته فتتعلق الثانيةُ برقبته، فإن جني الثانيةَ قبل الحكمِ في الأولىٰ بموجبها، فليس عليه إلَّا قيمة واحدة.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: يلزمه لكلٍّ من الجنايتين[2] قيمة علىٰ حدتها؛ لأنَّ من أصله أنَّ موجبَ الجنايةِ هو القيمةُ ٱبتداء لتعذر الدفع فتساوى القضاءُ وعدمُهُ.

ولنا[3]: أنَّ الجنايةَ تتعلق برقبته أولًا لجوازِ الدفعِ بتقدير العجزِ عن الكتابة، وإنما تتحولُ من الرقبةِ إلى القيمة بقضاءِ القاضي، وإذا ٱجتمعت الجنايات قبل القضاءِ في رقبته لزمته قيمة واحدة؛ لأنه لو أنكرَ دفعه تعلقت حقوقُهم برقبةٍ واحدةٍ، بخلافِ ما إذا قضى القاضي بموجبِ الجنايةِ الأولىٰ؛ لأنَّ حقه تحول إلى القيمةِ دينًا في الذمةِ بالقضاءِ، فإذا وجدت الثانية تعلقت برقبته حتىٰ يدفع بها إذا عجز، فيحكم للثاني بقيمة أخرىٰ، وهكذا الثالثة والرابعة.

قال: (وإذا مات المولىٰ لم تنفسخ وتؤدى الكتابة علىٰ نجومها إلى الورثة).

أما عدمُ الٱنفساخِ بموت المولىٰ؛ فلأنَّ الكتابةَ سببُ الحريةِ في حقِّ المكاتب وسبب حقه حق له، فلا يجوز إبطالهُ، وأما الأداءُ على النجوم إلى الورثةِ فلأنه ٱستحقَ الحريةَ علىٰ هٰذِه الصفةِ (لانعقاد السببِ كذلك،

---

(١) «المبسوط» ٧/ ٢٢٣، و«الهداية» ٣/ ٣٠٢.

(٢) في (ب)، (ج): (الجانبين).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٦-٢٥٧، و«الكتاب» ٣/ ١٦٥، و«المبسوط» ٧/ ٢٢٣، و«الهداية» ٣/ ٣٠١-٣٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٢-٣٣.

فتبقىٰ بهٰذِه الصفةِ)[١]، وللورثة تخليفهُ عند (الاستيفاء منه)[٢][٣].

قال: (ويعتق بإعتاقهم ويسقط البدل لا بأحدهم).

إذا أعتقه الورثةُ كلهم نفذ عتقهم وسقطَ عنه بدلُ الكتابةِ، وإن أعتقه أحدُهم لم ينفذ.

والفرقُ أن العتق[٤] يستدعي تقدم الملكِ، والمكاتبُ لا يملك بجميع أسبابِ الملكِ فكذا بالوراثةِ فلا ينفذ، وإنما يعتق بعتقهم جميعًا؛ لأنهم أبرؤوه عن بدلِ الكتابةِ وهو حقهم، وقد جرىٰ فيه الإرثُ، ومتىٰ برئ المكاتبُ عن بدلِ الكتابةِ عتقَ كما لو أبرأه مولاه، وبعتق واحدٍ منهم لا يجعل إبراء عن نصيبه؛ لأنَّ جعلَ العتقِ هٰهنا إبراء بطريقِ الاقتضاءِ تصحيحًا للعتق، والإعتاقُ لا يثبتُ بإبراء البعضِ في بعض المكاتبِ ولا في كله، ولا يثبتُ بأداءِ بعضِ (البدلِ)[٥] ولا يمكن جعله إبراء عن الكلِّ لقيام حقِّ الورثةِ فيه[٦].

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٨، و«الهداية» ٣/ ٣٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣.

(٣) في (ب): (الاستغناء، وفي (ج): (الاستعفاء منه).

(٤) في (ب): (الإعتاق).

(٥) في (ج): (الدرك).

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٣٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

قال: (ولو مات وقد كاتبه في مرضه بألف إلىٰ سنة وقيمته نصفها ولا مال ولا إجارة أفتىٰ بأن يعجل[(١)] ثلثي قيمته وألا يرد، وهما بثلثي البدل ويتأجل الباقي).

رجلٌ كاتبَ عبدهَ وهو مريض مرضَ الموت على الف درهم مؤجلًا إلىٰ سنةٍ وقيمته خمسمائة ثم ماتَ المولىٰ، ولا مالَ له غيره ولم يجز الورثة، قال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[(٢)]: يقال له: إما أن تعجل ثلثي خمسمائة والباقي مؤجلٌ عليك، وإلا رددت في الرقِّ.

وقالا[(٢)]: يقال له: إما أن تؤدي ثلثي الألف معجلًا والباقي مؤجلٌ عليك، وإلا رددت في الرقِّ.

له أنه يملكُ تركَ ما يزيدُ علىٰ قيمته أصلًا بأن يكاتبه علىٰ خمسمائة فيملك تأجيله مطلقًا، والمالُ الذي له في المرض خمسمائة، فيتعلق حقُّ الورثة بثلثيه فلا يصح تأجيله في ثلثي خمسمائة بدونِ إجازتهم لكونه تبرعًا، ويصحُّ في الزائد؛ لأنه بمنزلةِ بدلِ الخلعِ؛ لأنَّ حقَّهم غير متعلق به ولا بما يقابله حتىٰ جاز له تركه، ولو أجل بدل الخلع جازَ من جميعِ المال.

ولهما: أنَّ حقهم تعلق بثلثي البدلِ؛ لأنه كان متعلقًا بثلثي العبدِ وقد أنتقلَ إلىٰ بدله بخلافِ بدلِ الخلعِ؛ (لأنه لاحقَّ لهم فيما يقابله بدل الخلعِ ليصح)[(٣)] الأنتقال إلى البدلِ، وهٰذا الخلافُ مبني على البيعِ،

---

(١) في (ج): (جعل).

(٢) «المبسوط» ٨/ ٦٧-٦٨، و«الهداية» ٣/ ٢٩٣-٣٩٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

(٣) ساقطة من (ج).

فإنه لو باعَ في مرضِ موتِهِ داره بضعف[1] قيمتها مؤجلًا إلىٰ سنةٍ ومات ولم يجز الورثة، يقال للمشتري: ٱدفع ثلثي الثمن حالًّا والباقي إلى الأجلِ، وإلا فانقض البيعَ عند أبي حنيفة رحمه الله[2] (وأبي يوسف)[3][2]، وقال محمد رحمهما الله[2]: يقال له: ٱدفع ثلثي القيمةِ حالًّا والباقي مؤجلًا وإلا فانقض البيعَ.

قال: (ولو أوصىٰ مكاتب بالثلث ثم عتق ثم مات فهي باطلة، وقالا: الوصية صحيحة).

لأنها تمليكٌ مضافٌ إلىٰ ما بعد الموتِ فتعتبر أهليته للوصية عند الموتِ، وله ما قدمناه في آخر كتاب العتق أنَّ للمكاتبِ ملكًا حقيقيًّا وهو ما بعد العتقِ، وملكًا مجازيًّا وهو الثابتُ له في الحالِ والإيصاء به مطلق، فينصرفُ إلى الملكِ الثابتِ له في الحال، وهو ليس بأهلٍ للتبرعِ حنيئذ.

---

(١) في (ج): (نصف).

(٢) «المبسوط» ٨/ ٦٧-٦٨، و«الهداية» ٣/ ٢٩٣-٣٩٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٦٠.

(٣) ساقطة من (ب) و(ج).

فصل في الولاء

قال: (يثبت ولاءُ العتاقةِ لمن أعتق أو باشر سببه أو حصل علىٰ ملكه ذكرًا كان أو أنثىٰ).

الولاءُ نوعان: أحدهما: ولاءُ عتاقةٍ ويُسمَّىٰ ولاءَ نعمةٍ.

والأخر: ولاءُ موالاةٍ /١٨٧أ/ ويأتي ذكرُه. وولاءُ العتاقةِ يوجبُ الإرثَ من أحد الجانبين؛ لقوله ﷺ: «**الولاءُ لحمة كلحمةِ النسبِ**»[1]، فاقتضىٰ تعلقَ الإرث به، ورأىٰ ﷺ رجلًا معه غلامٌ فسأله عنه فقال: عبدي رأيته في السوق واشتريته وأعتقته. فقال ﷺ: «**وهو أخوكَ ومولاكَ، إن شكرك فهو خير له وشر لك، وإن كفرك فهو خير لك وشر له، وإن مات ولم يترك وارثًا فأنت عصبته**»[2].

ومات معتَقٌ لابنة حمزة رضي الله عنهما وترك بنتًا، (فقسم)[3] ﷺ المالَ بين بنته وبنت حمزة نصفين[4]، ويثبت الولاءُ لمن أعتق، ولو علىٰ مال ولمن باشر سببه، كالكتابة والاستيلاد والتدبير وشراء القريب، ولمن حصل العتقُ علىٰ ملكه كمن ورثَ قريبَه، فإنه يعتق عليه ويكون الولاءُ له[5]، وهٰذا من الزوائد. والعلةُ فيه أن العتقَ واقعٌ من جهة من باشر سببه، وإن تأخر

---

(١) رواه ابن حبان ١١/ ٣٢٥- ٣٢٦ (٤٩٥٠) من حديث ابن عمر، وله شواهد أنظرها في «نصب الراية» ٤/ ١٥١.

(٢) رواه الدارمي في «سننه» ٤/ ١٩٦٠ (٣٠٥٥) عن الحسن مرسلًا.

(٣) في (ج): (فقال).

(٤) رواه ابن ماجه (٢٧٣٤)، وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٦٩٦).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٧، و«المبسوط» ٨/ ٨١، و«الهداية» ٣/ ٣٠٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٩.

الوقوعِ إلىٰ ما بعد الموت فهو يضاف إليه، فيكون بمنزلة العتق المعلقِ بالشرطِ؛ ولذلك لو أوصىٰ بعتقِ عبدِه أو شرائه وعتقه بعد موته (فإن ولاءَه)[1] للميت؛ لأنَّ فعلَ الوصي كفعله، والعتقُ واقعٌ عنه وتركتُه علىٰ حكم ملكِهِ، فيقع العتقُ في العبد علىٰ حكم ملكه فيكون ولاؤُهُ له.

وقد رُوي عنه ﷺ أنه قال: «**من ملك ذا رَحمٍ محرمٍ منه عتق عليه، وولاؤُه له**»[2]، وسواء كان المعتقُ ذكرًا أو أنثىٰ؛ لإطلاق ما روينا، ولحديث توريث ابنةِ حمزة ﵄، ولأن المعنىٰ في نوعيّ الولاءِ إنما هو التناصرُ وقد كانت العربُ يتناصرون بأشياءَ منها الولاءُ بهذين النوعين فأقرَّهم ﷺ علىٰ ذلك، فقال: «**إنَّ مولى القومِ منهم وحليفهم منهم**»[3]، والحليفُ هو المولىٰ[4] بالعقد[5]؛ لأنَّهم كانوا يؤكدون الموالاةَ بالحلف، وإذا كان كذلك فيعقله، وقد أحياه معنىٰ من حيث أزال الرقَّ عنه فيرثه؛ لأن الغنمَ بالغرمِ.

قال: (ولو شرطه لغيرِه أو سائبه بطل الشرطُ).

لما روي أنَّ عائشة ﵄ أرادت أن تشتري بريرةَ، وتعتقها، وكان مواليها شرطوا أن يكونَ الولاءُ لهم، فسألتْ رسولَ اللهِ ﷺ (فقال)[6]:

---

(١) في (ج): (باقٍ وولاؤه).

(٢) رواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، وأحمد ٥/ ١٥ من حديث سمرة بلفظ «**من ملك ذا رحم محرم فهو حر**»، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٧٤٦).

(٣) رواه الدارمي ٣/ ١٦٤٤ (٢٥٧٠).

(٤) في (ب)، و(ج): (الموالي).

(٥) في (ب): (بالعقل).

(٦) من (ب).

«**أعتقيها، فإنَّ الولاءَ لمن أعتقَ**»[١]، فأبطلَ الشرطَ وجعل الولاءَ للمعتقِ، والتنبيه علىٰ شرطِ الولاء للغير[٢] من الزوائد[٣].

قال: (وإذا ماتَ المعتقُ قدمت عصبتُهُ النسبية علىٰ مولاه).

لأنَّ ولاءَ العتاقةِ تعصيبٌ، والنبي ﷺ أجرى الولاءَ مجرى النسب، وما أجري مجرىٰ غيره إنما يثبتُ حكمُهُ عند عدمِه، فإذا ماتَ العبدُ المعتَق كانت عصبتُه من جهةِ النسبِ أقربَ إليه تعصيبًا فيرثون، فإن مات ولا وارث له منهم، ولا ذو فرضٍ هو عصبةٌ في حالٍ كالأب كان ميراثُه كلُّه لمن أَعتقه، وإن كان معه ذو فرضٍ ليس بعصبةٍ في حال ورثَ الباقي بعد الفرضِ[٤]، وقد أشار ﷺ إلىٰ ذلك بقوله: «**وإن ماتَ ولا وارثَ (له)**[٥] **كنتَ أنت عصبتَه**»[٦].

قال: (وإن مات المولىٰ ثم المعتق ورثه بنو مولاه دون بناته).

(لقوله ﷺ)[٧]: «**ليس للنساءِ من الولاءِ إلَّا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جرَّ ولاء معتقهن**»[٨]، هٰذا

---

(١) رواه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤).

(٢) في (ج): (إلىٰ آخره).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٧، و«الهداية» ٣/ ٣٠٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٩-٤٠٠، و«الكتاب» ٣/ ١٣٨، و«الهداية» ٣/ ٣٠٥-٣٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٦.

(٥) من (ب) و(ج).

(٦) تقدم تخريجه عند الدارمي من طريق الحسن مرسلًا.

(٧) من (ج).

(٨) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٩٥: لم أجده هكذا، وانظر: «سنن البيهقي» ١٠/ ٣٠٦.

هو نمط[١] الحديثِ أثبته تبرُّكًا به، وتحصيلًا لحكمه؛ ولأنَّ البناتِ لسن عصبةً، أو لأنَّ السببَ[٢] هو النُّصرة ولسن من أهلها، والحديثُ دليلٌ علىٰ ثبوتِ الولاءِ لهنَّ إذا أعتقن أو كن سببًا في الإعتاق، ثم ينتفي ثبوتُ الولاءِ لهنَّ بعد ذلك، قضية للحصر الذي دلَّ عليه اللفظُ؛ ولأنَّها ساوت الرجلَ في السبب وهو الإعتاق، وإذا ٱستحقت ميراثَ معتقِها فكذا معتقُ معتقِها؛ لأنَّها تسببت في إعتاقِه، ولأنَّ معتقَه ينسبُ إليها بالولاءِ[٣].

قال: (فإن زوَّجت عبدَها معتقة الغير فولدت كان ولاؤه لمواليها، فإن أعتق جرّ ولاءَ ابنه إلىٰ مواليه).

هٰذا هو صورةُ جرِّ الولاءِ المستثنىٰ في الحديث، وهو أن يتزوج (عبد)[٤] معتقةَ الغير، (وتأتي منه بولدٍ)[٥]، فإنَّ ولاءَ الولدِ يكون لموالي أمه؛ لأنَّ الأبَ عبدٌ لا ولاءَ له، فإذا أعتقَ العبد جرَّ ولاء ابنهِ إلىٰ مواليه، وكذلك معتقُ معتقهن، وصورة ذلك أنَّ المرأة تعتقُ عبدًا، فيشتري العتيقُ عبدًا، ويزوجه معتقةَ الغير، فإن ولدت منه ولدًا فولاءُ الولد لموالي أمِّه لما بيَّنا، فإن أعتق معتق المرأة عبدَه جرَّ ولاءَ الولدِ إليه، ويكون ذلك الولاءُ لمن أعتقه، فذلك جرُّ ولاء معتق معتقها[٦].

---

(١) في (ب): (لفظ). (٢) في (ج): (النسب).
(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٠-٤٠١، و«الكتاب» ٣/ ١٣٨-١٣٩، و«الهداية» ٣/ ٣٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٦٩-٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٦.
(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).
(٥) في (ب): (ويأتي منه الولد).
(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٨، و«الكتاب» ٣/ ١٣٧، و«الهداية» ٣/ ٣٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٤.

قال: (ولو أعتقت وهي حاملٌ أو أتت به لأقلَّ من ستةِ أشهر من حينه لم ينتقل أبدًا).

إذا تزوج عبدٌ أمةَ الغير، فأعتقها مولاها وهي حاملٌ من العبد، عتقت وعتق حملُها؛ لأن الحملَ في حكم جزءٍ منها، والعتقُ ورد عليها مقصودًا فيتناول جميعَ أجزائها، وكان الولدُ مقصودًا بالإعتاق، فلم ينتقل ولاؤه عمَّن أعتقه، وهو مولَى الأمِّ؛ لقوله ﷺ: « **الولاء لمن أعتق** » فإنَّه يقتضي ثبوتَ الولاءِ على التأبيدِ؛ ولهٰذا لم يجز ٱشتراطُه للغير، ولا بنائبه، وكذلك إذا أتت به لأقلَّ من ستة أشهرٍ من حين أعتقت للتيقنِ بوجودِ الحملِ وقتَ الإعتاقِ، وهٰذِه /٨٧ب/ من الزوائد. وكذلك لو أتت بولدين أحدهما لأقلَّ من ستةِ أشهر؛ لأنهما توأمان خلقا من ماءٍ واحدٍ[١].

قال: (أو لأكثرَ منها جرَّ العتيقُ[٢] ولاءَ ابنه).

(إذا أُعتقت الأمةُ فأتت بولدٍ)[٣] لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ من حين الإعتاقِ، فولاءُ الولد لمولى الأمِّ؛ لأنَّ الولدَ معتقٌ بحكم التبعيةِ لأمِّه باعتبار ٱتصالِهِ بها بعد عتقها، فيتبعها في ولائها ولم يتيقن بوجوده حين الإعتاق حتىٰ يكون العتقُ واردًا عليه، فإذا أُعتق العبدُ جرَّ ولاءَ ابنه وانتقل عن موالي أمِّه إلىٰ مواليه؛ لثبوت العتقِ في الولدِ تبعًا لا مقصودًا، بخلاف الأول؛ لأنَّه مقصودٌ بالعتق؛ لوجوده حالة الإعتاق الوارد على الأمِّ بجميع أجزائها، وههنا مدةُ الحمل كاملةٌ بعد العتق فوقع الشكُّ في الوجود حالةَ العتق فلم يعتق مقصودًا

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٨-٣٩٩، و«المبسوط» ٨/ ٨٩، و«الهداية» ٣/ ٣٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٤.

(٢) في (ب): (العتق).

(٣) في (ب): (فإن ولدت بعد عتقها).

بالشكِّ، فيعتق بالتبعية بحكم السراية، والأصلُ في جرِّ الولاءِ قولهُ ﷺ: «**الولاءُ لُحمةٌ كلحمةِ النَّسَبِ لا يُباعُ ولا يُوهب، ولا يُورث**»[(١)]، ثم النسبُ ملحقٌ بالآباء، فكذا الولاءُ، إلَّا أنَّا ألحقناه بمولى الأمِّ ضرورةَ عدمِ أهلية الأب، فإذا صار أهلًا بالعتقِ عاد الولاءُ إليه بمنزلَةِ ولدِ الملاعنة، فإنَّه ينسبُ إلىٰ قومِ الأمِّ بحكم الضرورة، فإذا أكذب الأبُ نفسَه عاد النسبُ إليه؛ لارتفاع المانع عن إلحاق النسبِ[(٢)].

قال: (وإذا ولدت معتقة من أعجمي أو من مولىٰ موالاة يجعل ولاءه لمولىٰ أبيه وقالا: لمولىٰ أمه).

إذا تزوَّج أعجمي معتقةً فولدت منه ولدًا كان ولاءُ الولدِ لمولى الأم عند أبي حنيفة[(٣)] ومحمد[(٣)] رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله[(٣)]: حكمُه حكمُ الأب؛ لأنَّ النسبَ ملحقٌ بالآباء، فصار كما لو كان الأبُ عربيًا، بخلاف ما لو كان عبدًا؛ لكونه هالكًا معنىٰ.

ولهما: أن ولاءَ العتاقةِ قويٌّ، معتبرٌ في حق ترتُّب الأحكام، ألا ترىٰ أنه يترتب عليه الكفاءَةُ، وهٰذا يتعلَّق بالنَّسب وهو في حقِّ العجم ضعيفٌ؛ لأنَّهم ضيعوا أنسابَهم؛ ولهٰذا لم تعتبر الكفاءةُ فيما بينهم بالنسب، والقويُّ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٨-٣٩٩، و«الكتاب» ٣/ ١٣٧، و«المبسوط» ٨/ ٨٩-٩٠، و«الهداية» ٣/ ٣٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٠-٢٧١، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٤-٧٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٨، و«الكتاب» ٣/ ١٣٧-١٣٨، و«الهداية» ٣/ ٣٠٥، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٥.

لا يعارضه الضعيفُ، بخلاف ما إذا كان الأبُ عربيًّا؛ لأنَّ أنساب العرب قوية معتبرةٌ في حقِّ الكفاءةِ والعقلِ؛ لأنَّ تناصرهم بها فأغنىٰ عن الموالاة، ولا تناصر للعجم بالأنساب، فألحقنا الولاءَ بمواليها لموضع النصرة، وعلىٰ هٰذا الخلافِ إذا كان الأبُ كافرًا فأسلمَ وتزوجَ بمعتقةٍ ووالىٰ رجلًا فإنَّ ولاءَ الولدِ لموالي الأمِّ؛ لأنَّ لهم ولاء عتاقة وهو أقوىٰ من ولاء الموالاة. ألا ترىٰ أنَّ ولاءَ العتاقةِ لا يلحقه الفسخُ، وولاء الموالاة يلحقه الفسخُ. وعنده لموالي أبيه؛ لأنَّ الولاءَ يتبع النسبَ والنسبُ للآباء، فكان إلحاقه به أولىٰ. وقال صاحب «الهداية»[١]: الخلافُ واقعٌ في مطلقِ المعتقة. ولفظة العرب في «مختصر القدوري»[٢] في قوله: من تزوَّج من العجم بمعتقة العرب وقع اتفاقًا، واستَدلَّ على الإطلاق بالمسألة الثانية، فإنها في «الجامع الصغير»[٣] مطلقةٌ عن القيد.

قال: (وإذا أسلم علىٰ يد رجل ووالاه، أو والىٰ غيره علىٰ أن يرثَه إذا مات ويعقل عنه إذا جنىٰ صحَّ إن لم يكن مولىٰ عتاقة، ونورثه إذا لم يكن وارث[٤]).

هٰذا هو ولاءُ الموالاة، وهو أن يسلم رجل علىٰ يد آخر ويواليه، فيقول له: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت. فيقبل الآخر، فذلك عقد صحيحٌ، وكذلك لو أسلم علىٰ يدِ رجلٍ ووالىٰ غيره. ولصحة الموالاة شروطٌ:

---

(١) «الهداية» ٣/ ٣٠٥.
(٢) «الكتاب» ٣/ ١٣٨.
(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٥٣.
(٤) في (ب): (له وارث).

أحدها: أن يشترط الإرثَ والعقلَ؛ لأنهما بالالتزام فلابدَّ منه.

والثاني: أن (لا يكون)[١] المولىٰ عربيًّا؛ لأنَّ تناصرَ العربِ بأنسابها إلىٰ قبائلها، وذلك آكدُ من نصرة الموالاةِ؛ ولأنَّ العربَ لا تُسترقُّ فلا يكون عليه ولاءُ العتاقة، فولاءُ الموالاة أولىٰ.

والثالث: أن لا يكون قد عقل عن غيره، فقد تعلق به ولاءٌ لا ينفسخ، فصار كولاءِ العتاقة.

والرابع: (أن لا يكون عليه ولاءُ عتاقة؛ لأنَّ ولاءَ العتاقة لازمةٌ، فلا يظهر الأدنىٰ وهو الموالاة مع بقائه.

الخامس)[٢]: أن يكون الموالي عاقلًا بالغًا حرًّا، حتىٰ لا تصحُّ موالاةُ الصبيِّ والعبد والمجنون، ولو والى الصبي بإذن الأب والوصي جاز، والولاء للصبي، وإنْ والى العبد بإذن (مولاه)[٣] جاز، والولاءُ لمولاه، ويكون العبدُ وكيلًا عنه؛ لأنَّ الصبيَّ من أهلِ الولاء والعبد ليس من أهله، فيثبت الولاءُ لأقرب الناس إليه وهو مولاه، وإذا مات عن غير وارث ورثه عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله[٤]: ولاء الموالاة ليس بشيءٍ، ولا يورث به ولا يعقل؛ لأنَّ ٱستحقاق الميراث بكتاب الله لصاحب الفرض (والوصية)[٥] والعصبة دون غيرهما[٦]، وهٰذا ليس بذي فرضٍ ولا عصبةٍ فلا يرثُ؛ ولأنَّ

---

(١) في (ب)، و(ج): (يكون).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٤) «الأم» ٨/ ٨٥، و«المهذب» ٢/ ٢٢.

(٥) من (ب).

(٦) في (ب): (غيرها).

ذوي الأرحامِ الذين هم مقدمون عليه لا ميراثَ لهم عنده، فبالأولىٰ هٰذا؛ ولأنَّ فيه إبطالُ حقِّ بيت المال فلا يصحُّ، كما لا يصحُّ مع وارثٍ آخر؛ ولهٰذا منع (أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ)[1] الوصية في كلِّ المال، وإن خلا الموصي عن وارثٍ؛ /١٨٨أ/ لأجل حق بيت المال، وإنما ينفذه في الثلث.

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ﴾ [النساء: ٣٣]؛ أي: الذين عاقدتهم أيمانكم؛ أي: عاهدتموهم، حذف ضمير المفعول العائد إلى الموصول وحذفه كثيرٌ، والآية تقتضي إرثَ مولى الموالاة، إلَّا أنَّ أربابَ الفروض والعصبات وأولي الأرحام مقدمون عليه بآية المواريث، وبقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥]، وقد نزلت الآيتان بعد هٰذِه، فإذا لم يكن منهم أحد سلمت هٰذِه الآية في مقتضاها عن المعارضِ فيثبت مقتضاها؛ ولأنه سئل ﷺ عن رجلٍ أسلم علىٰ يد آخر ووالاه، فقال: «**هو أحقُّ الناسِ به محياه ومماته**» إشارة إلى العقل والإرث؛ ولأنَّ مالَه حقُّه فيصرفه إلىٰ حيثُ يشاء.

وأمَّا بيتُ المالِ فالصرفُ إليه لضرورة عدم المستحق (لا أنَّه)[2] مستحقٌّ. وإنَّما قال: (لم يكن وارثٌ) ليشمل ذوي الأرحام؛ لأنَّ الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما، وذو الرَّحم وارثٌ لما نذكر في الفرائض إن شاء الله تعالىٰ[3].

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (لا لأنه، في (ج): (لأنه لا).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٣٩-١٤٠، و«المبسوط» ٨/ ٩١-٩٢، و«الهداية» ٣/ ٣٠٦-٣٠٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٧.

قال: (ويجوز فسخُه قولًا وفعلًا).

أما جوازُ الفسخِ؛ فلأنه عقدُ تبرع، أمَّا من الأعلىٰ فلأنه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، وأما من الأسفل فلأنه متبرعٌ بجعله خليفته في ماله. والتبرع تصرفٌ غير لازم فجاز الفسخُ ما لم يحصل[1] عنه، وأما الفسخُ قولًا فهو أن يكونَ بحضرة الآخر كعزل الوكيل عزلًا قصديًّا، وأمَّا بالفعل فمع غيبته كما إذا والىٰ غيره؛ لأن ذلك عزلٌ حكميٌّ فلا يشترط فيه العلم[2].

قال: (إلا أن يعقل عنه).

لأنه بالعقل تعلق به حقُّ الغير، وهو بمنزلةِ عوض ماله كالهبة إذا عوِّض عنها[3].

قال: (ولو أقرَّ به عتاقةً فقال: بل موالاةً. تثبت الموالاةُ، والانتقالُ عنها لا يجوز، وكذا لو كذَّبه فيه أصلًا ثُمَّ أقرَّ به لغيره).

إذا أقرَّ رجلٌ أنه مولىٰ فلانٍ ولاءَ عتاقةٍ فقال فلانٌ: بل أنت مولىٰ موالاة. يثبت ولاءُ الموالاةِ لتصادقهما علىٰ أصل الولاءِ، وليس له أن يتحولَ عنه بولائه إلىٰ غيره[4]، وإن كان قابلا للفسخ عند أبي حنيفة[4].

---

(١) في (ج): (يعقل).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٨/ ٩١-٩٢، و«الهداية» ٣/ ٣٠٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٨.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٩٩، و«الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«الهداية» ٣/ ٣٠٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٨-٧٩.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٨/ ١٢٠-١٢١، و«المنظومة» لوحة (٣).

وقالا[١] رحمهما اللهُ: (يصح)[٢] له ذلك.

وكذا لو أقرَّ له فكذّبه أصلا، ثم أقرَّ به لغيره فقال: بل أنت مولىٰ فلانٍ. لم يصح عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[١].

وقالا[١]: يصحُّ؛ لأنَّ إقراره بالردِّ والتكذيب صار كأن لم يكن، فكان له أن يثبتَ ولاءَه فيمن أراد.

وله أن لحاق الإقرارِ بالعدم مخصوصٌ بما إذا كان المقرُّ به مما يقبل النقضَ والإسقاطَ والإبراءَ كالدينِ ونحوه. أما إذا كان مما لا يحتمل النقضَ لزمه حكمه، كمن شهدَ علىٰ رجلٍ بنسب فردت شهادته لمعنىٰ ما، ثم ٱدعى الشاهدُ نسبَه لم يصح، فكذا هٰذا[١].

قال: (وإذا ولدت مجهولَ النسب بعد أن والت فهو تبعٌ لها فيه، وكذا لو أقرتْ به أو أنشأته وهو معها).

هٰذِه ثلاث مسائل:

أولاها: (إذا)[٣] والت المرأةُ رجلًا ثم ولدت ولدًا لا يُعرف أبوه -وهٰذا القيدُ من الزوائد- فالولد تابعٌ لأمِّه في الولاء، فيكون مولىٰ لمولاها.

الثانية: إذا أقرَّت بالولاءِ لفلانٍ وفي يدها صبيٌّ لا يُعرف نسبُهُ صحَّ إقرارُها عليه وعليها وله، ويصيران من مواليه.

الثالثة: أن يكون الولدُ معها ثم ينشأ عقد الموالاة يكون تبعا أيضًا، وهٰذِه من الزوائد.

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٨/ ١٢٠-١٢١، و«المنظومة» لوحة (٣).

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (لو).

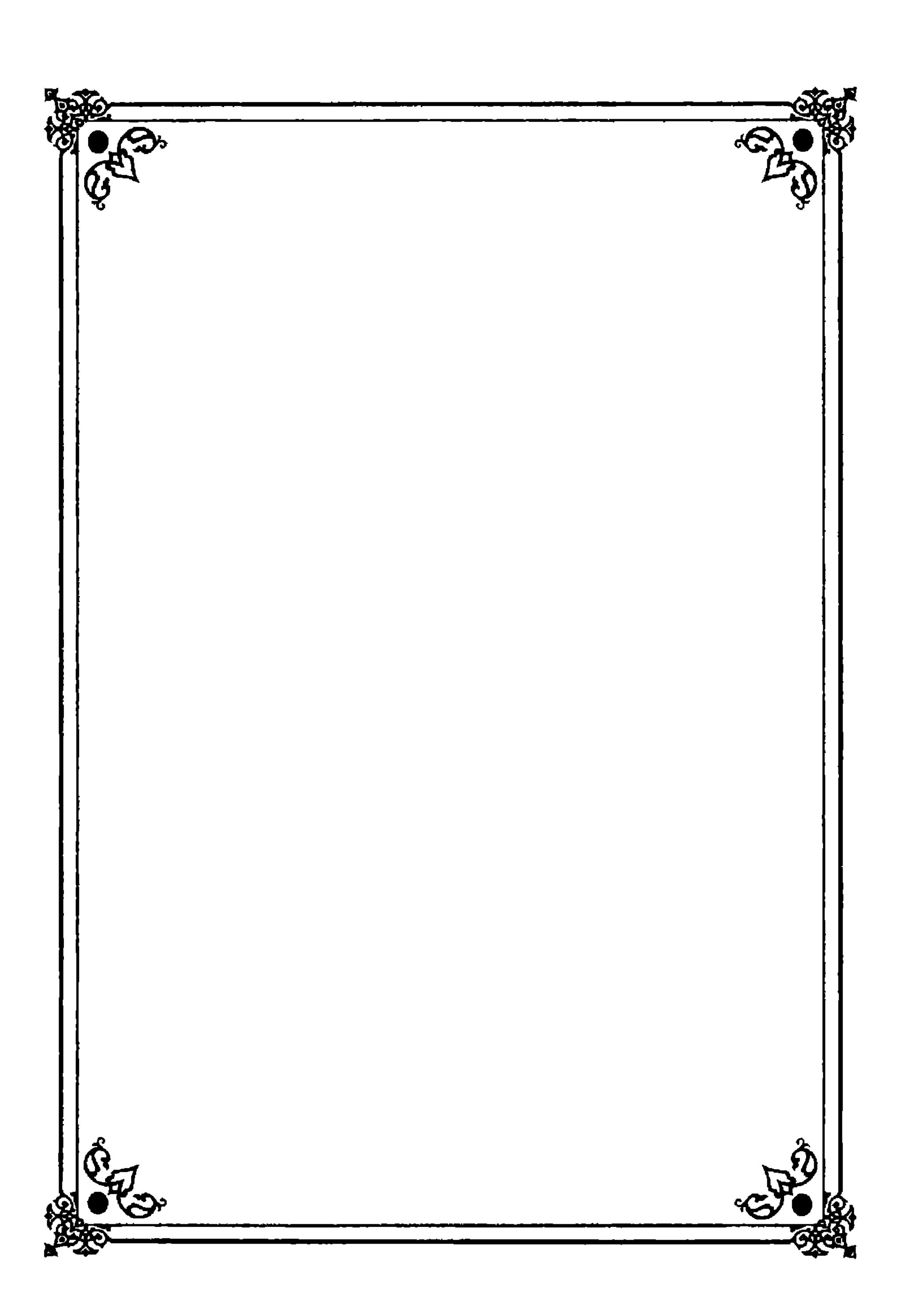
وهٰذا عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

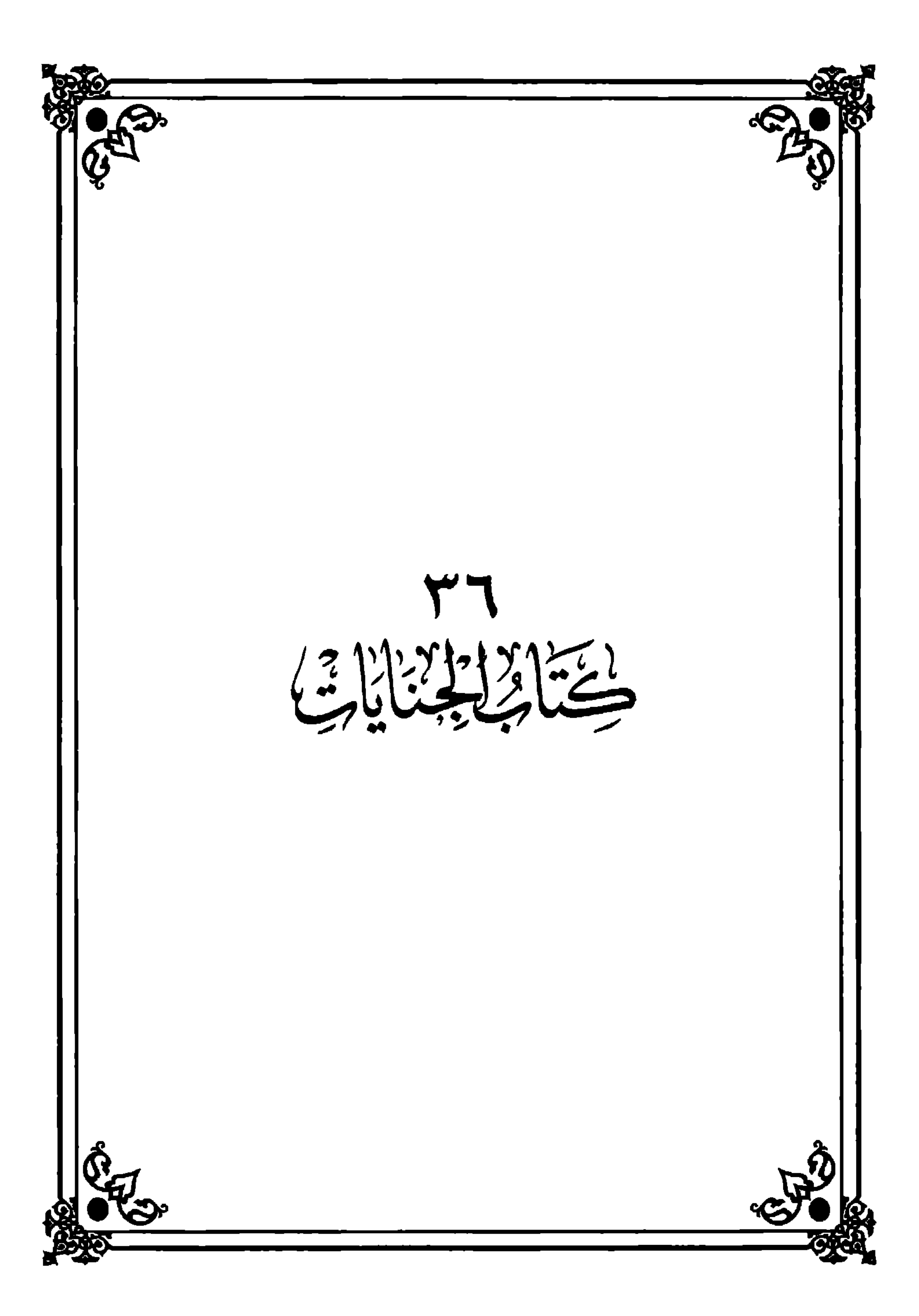
وقالا: لا يثبت ولاءُ ولدِها لمولاها في (هٰذِه الصور)[1]. لهما أنَّ الأمَّ ليس لها ولايةٌ علىٰ ماله، فلأن لا يكون لها ولايةٌ علىٰ نفسه أولىٰ. وله أنَّ الولاءَ بمنزلة النسب، وهو نفعٌ محضٌ في حقِّ الصغير المجهولِ النسبِ، فتملك الأم إثباته بالإنشاء والإقرارِ كقبول الهبة[2].

---

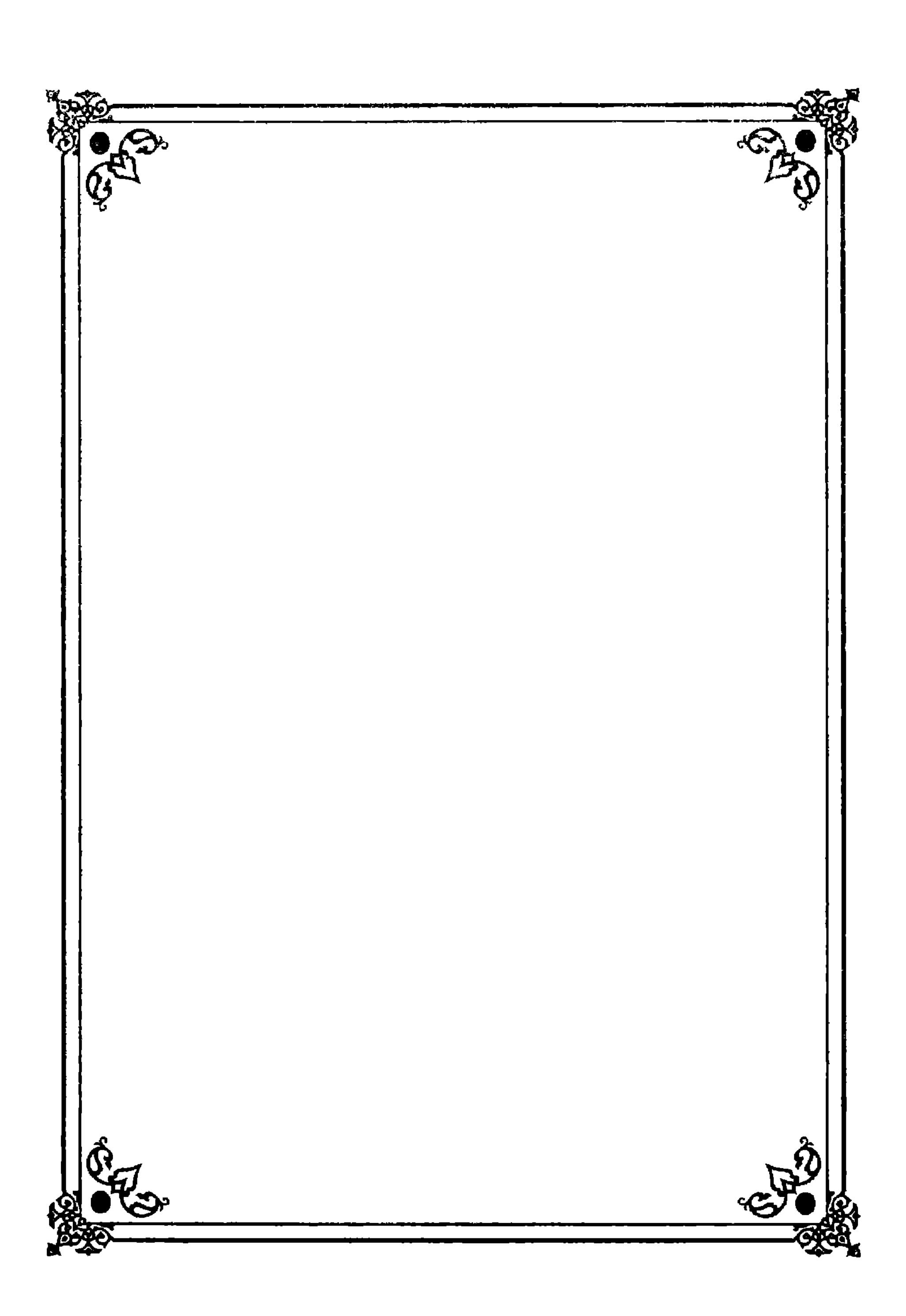
(١) في (ب): (هٰذا الصغير).

(٢) «الاختيار» ٤/ ٢٧٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٨-٧٩.





٣٦
كتاب الجنايات



كتاب الجنايات[١]

الجنايةُ: هي الفعلُ المحظورُ الذي يتضمن الضررَ، فإن صدر من الجاني علىٰ نفسه فحكمه في الآخرة، وإن صدرَ علىٰ غيره، فإمَّا علىٰ نفسه أو علىٰ طرفٍ من أطرافه أو علىٰ عرضه أو ماله. فالجنايةُ على النَّفس هي القتلُ بأنواعه، وعلى الطرف هي القطعُ والكسرُ والشجةُ والجرحُ. وهٰذا البابُ معقودٌ لبيان ما يتعلق بهاتين الجنايتين من الأحكامِ، أمَّا الجنايةُ على العرضِ فهي الغيبةُ وهي موجبةٌ للإثم، وهي من أحكام الآخرة، والقذف وموجبه الحدُّ، كما يأتيك بيانُه في الحدود. والجناية على المال هي الغصبُ، وقد مرَّ بيانُه، والسرقةُ ويأتي الكلامُ فيها[٢].

قال: (وينقسمُ القتل إلىٰ عمدٍ وشبهه وخطأ وما في حكمهِ، وما هو بسبب).

المرادُ بالقتل هٰهنا القتلُ الذي هو بغير حقٍّ، وهو الذي تتعلق به الأحكامُ من وجوب القصاص أو الدية والكفارة، وهٰذِه خمسةُ أقسام، وبيان الحصر. (أن القتل)[٣] إمَّا أن يقع بمباشرةٍ أو غير مباشرة، والثاني هو القتلُ بسبب، والأول إما أن يكون عن قصدٍ أو غير قصد. فالأول إما أن يكون بسلاحٍ وما ناسَبَه في تفريق الأجزاء /٨٨ب/ أو غير ذلك، والأول هو العمدُ، والثاني شبهه وغير القصدي، أما إذا كان حالةَ اليقظة

(١) وجه المناسبة بينه وبين العتق أن فىٰ مشروعية كل منهما إحياءً معنويًا .

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٠، و«المبسوط» ٢٧/ ٨٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٣، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٠٣، و«اللباب» ٣/ ١٤٠.

(٣) من (ب)، و(ج).

وهو الخطأ، أو حالةَ النوم، وهو ما أجري مجراه، ولا يقال: إن المكره لم يباشر القتل، وقد جعلتموه عمدًا حتىٰ وجب به القصاصُ؛ لأنَّا نقول: المكره لما كان مسلوبَ الأختيار لم يكن إضافة الحكم إليه، فكان كالآلة للمكره وانتقل فعلُه إليه، فكان مباشرًا للقتل حكمًا[١].

قال: (فإذا قصده بسلاح أو ما ناسبه في تفريق الأجزاء كان عمدًا).

العمدُ هو القصدُ، وهو من أعمال القلوبِ، ولا أطلاع عليه إلّا بدليله، فإذا ضربه بسيفٍ أو ما أجري مجراهُ في تفريق الأجزاءُ؛ كالليطة[٢] والمروةِ[٣] المحدَّدَة والنار علمنا حصوله نظرا إلى أستعمال الآلة الموضوعة للقتل عادة[٤]، وإذا قتله بحديد أو صفر غير محدَّد كالعمود والسَّنْجَةِ[٥] ونحوهما فيه روايتان: أظهرهُما أنه عمدٌ باعتبار النظر إلى الآلة. وفي رواية الطحاوي[٦]: ليس بعمدٍ؛ لأن ذلك لا يفرقُ الأجزاءَ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٥٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٤.

(٢) الليطة: قشرة القصبة والقدس والقناة وكل شئ له متانه.والجمع: ليط، ولياط، وألياط. «الصحاح»/ ٩٦٦ مادة ليط، و«القاموس المحيط» /٦١٨ مادة لوط، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٤٨٩ مادة لاط.

(٣) المروة: هي حجارة بيض براقة، تقدح منها النار؛ الواحدة مروة. وبها سميت المروة بمكة. أنظر: «مختار الصحاح» ص٥٥٤ مادة مرا.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٥٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٤.

(٥) سنجه هي الميزان، معرَّب، والجمع سنجات. أنظر: «المصباح المنير» ص١٧٥ مادة سنج، و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٥٣ مادة سنجه.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢.

ولو طعنه برمحٍ لا سنان له فجرحه كان عمدًا؛ لأنه كالسيف في تفريق الأجزاء. ولو قتله عمدًا بما لا يقصدُ به القتل عادةً كالإبرة ونحوها لم يكن موجبًا للقصاصِ، ولو كان يقصد به كالمسلةِ[١] ونحوها يجب به القصاصُ، رواه أبو يوسف رحمه الله[٢]، وروي: إنْ أصاب بالإبرة مقتله عمدًا قُتل (به)[٣]، وإلا فلا.

قال: (فيأثم ولا نوجبُ الكفارة).

أما الإثم فلقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ الآية [النساء: ٩٣]، وعليه الإجماع، وأما الكفارة فلا تجبُ فيه[٤]. وقال الشافعي رحمه الله[٥]: هي واجبة؛ لأنَّ الكفارة شُرعت طهرة للذنب، والعمدُ أحوجُ إلى التكفير من الخطأ، فكانت العمدية أدعىٰ إلى الإيجاب.

ولنا: قوله ﷺ: «**خمسٌ من الكبائر لا كفارة فيهن: الإشراكُ بالله، وعقوق الوالدين، والفرارُ من الزحفِ، وقتلُ النفسِ عمدًا بغير حق، واليمين الفاجرةُ**»[٦]؛ ولأنها كبيرة محضة، وفي الكفارة معنى العبادة

---

(١) مسلة، بكسر اللام: الإبرة العظيمة، وجمعها: مسال. أنظر: «مختار الصحاح» ص٢٨٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢.

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٥٩-٦٠، ٢٧/ ٨٤، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥-٤٧٦.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢١٨، و«تكملة تكلمة المجموع» للمطيعي٢٠/ ٣٣١.

(٦) رواه البخاري (٦٦٧٥) من حديث عبد الله بن عمرو بلفظ «**الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس**».

فلا يناط بمثلها ؛ ولأنها من المقادير الشرعية عينت لدفع الأدنىٰ وهو الخطأ ، فلا يقاس عليه العمدُ ؛ لأن جناية العمد أعظم ، فلا يلزم من دفعها الأدنىٰ دفعها الأعلىٰ، وهٰذا لأنَّ محو الإثم يشرع ما هو عبادة من باب التخفيف ؛ لأنه إسقاط لعقوبة الآخرة بإقامة التوبة، وشرع مثل هٰذا الحكم إنما يكون مع خفة السبب، فإذا غلظت الجناية وتكاملت لم يكن شرعها ملائما له.

قال: (ونوجب به القود لا الخيار بينه وبين الدية).

قتل العمد يوجب القود عندنا عينًا(١).

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ في قولٍ(٢): هو مخير بين القود والدية يطالب الولي بأيهما شاء. وفي قول آخر: موجبه القود، وللولي العدول عنه إلى الدية من دون رضا القاتل.

هو يقول: إن شرعية المال في القتل أصل مشروع لجبر حق المقتول فيما فات عليه بدليل حالة الخطأ ، فإنَّ الفواتَ فيهما جار علىٰ نمط واحدٍ، وطريق الجبر في الأصل هو التحصيل وإيجاب المال، وفي العمد أوجب الشرع القصاص ضمانا زائدًا علىٰ خلاف الأصل في ضمان العدوان بحكم إبقاء الحياة، فشرعه (لا ينفي)(٣) الضمانَ الأصلي.

ونحن نقول: المال لا يصلح ضمانًا للآدمي ؛ لأنَّ ضمانَ الجبر يعتمد المماثلة ولا مماثلة بين الآدمي وبين المال لا صورةً ولا معنىٰ، أما الصورة

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٠، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥.

(٢) «الأم» ٦/ ١٠، و«المهذب» ٢/ ١٨٩، و«التنبيه» ٧/ ٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٨.

(٣) في (ب): (لانتفاء).

فظاهر، وأما المعنىٰ؛ فلأنَّ الآدمي خلق مكرمًا بأنواعِ الكرامة من الخلافة وحمل الأمانة وغير ذلك، والمطلوبُ من وجوده معرفة الله تعالىٰ وعبادته، والمالُ خُلِقَ لإقامة مصالحه، فلم يكن مماثلا له في المعنى المطلوب، وإذا ٱنتفت المماثلة لم تصح أن تكون ضمانًا أصليًّا، وتبيَّن أنَّ الوجوبَ حالةَ الخطأ علىٰ خلاف الأصل شُرع صونًا للدم عن الهدر.

قال: (إلا أن يموت أو يعفو الأولياء).

أما الأول فلفوات محل الٱستيفاء، وأما الثاني فلأن الحقَّ لهم، فإذا عفوا عنه فقد أسقطوه[١].

قال: (أو يصالحوهُ علىٰ مالٍ برضاه، فيجبُ في ماله أو يسقط بشبهة فتجبُ الديةُ في مالهِ في ثلاث سنين).

لأنَّ القصاص حق الورثةِ، وكما كانَ لهم إسقاطه أصلًا بالعفو كان لهم أنْ يتعوضوا عنه مع ٱشتمالِ الصلح علىٰ إحسانِ الأولياء وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضي، والقليل والكثير سواءٌ ؛ لعدم التقدير الشرعي. فيكون مفوضًا إلى ٱصطلاحِهم كالخلع وغيره، والأصلُ فيه قوله تعالىٰ: ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [البقرة: ١٧٨] نزلت في الصلحِ، وإنَّما يتحمل القاتلُ بمال الصلحِ؛ لقوله ﷺ: « **لا تعقل العاقلة عمدًا ولا صلحًا** »[٢]، وهٰذا عمدٌ أو صلحٌ، فلا تتحمله العاقلة، فتجب

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٠، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥، و«درر الحكام» ٢/ ٩٤.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٨٠ (١٠٣٦): لم أره مرفوعًا، ثم عزاه للدارقطني والبيهقي عن عمر موقوفًا. ٱنظر «سنن الدارقطني» ٣/ ١٧٧، و«سنن البيهقي» ٨/ ١٠٤.

في ماله علىٰ ما ٱصطلحا عليه من تعجيل أو تأخير أو تنجيم؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطِهِم»[١]، وإن لم يذكر (أشياءَ)[٢] كان المال حالا كسائرِ المعاوضات عند الإطلاقِ، وإذا سقط القصاصُ بشبهةٍ كما في قتل الوالد ابنه /١٨٩أ/ فالديةُ واجبةٌ في مالِ القاتلِ؛ لما روينَا، وهٰذا عمد، وإنما يتأجَّل إلىٰ ثلاث سنين؛ لأنَّه مال وجب بالقتل ٱبتداءً، فأشبه شبه العمد، والأولُ -أعني الأرشَ الواجب بالصلح- يجب حالا؛ لأنه مالٌ وجب بالعقد، فأشبه الثمن بالبيع[٣].

قال: (أو يعفو بعضُهُم أو يصالح فتجب بعينها على العاقلة).

لأنَّ الحقَّ مشترك بين الورثة، فلكل منهم العفو عن نصيبه، والصلحُ عنه كغيره من الحقوقِ، والقصاصُ لا يتجزأُ، فالعفو عن بعضه أو الصلح مسقط لجزءٍ منه؛ فيسقطُ الكلُّ ضرورة عدم التجزؤ، وإذا سقط القصاصُ في نصيبِ غير العافي ٱنقلبَ حقُّه مالا؛ لئلَّا يسقطُ لا إلىٰ عوض ولم يجب على القاتلِ؛ لعدم التزامه، فوجبَ على العاقلةِ؛ لأنَّه مالٌ واجبٌ بغير قصد من القاتلِ، فصار كالخطأِ، وليس للعافي منه شيءٌ لسقوطِ حقِّه بعفوه[٤].

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٩٤) بلفظ: «المسلمون»، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٣٠٣).

(٢) في (ب): (شيئا).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢-٢٣٣، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٠، و«الهداية» ٤/ ٥٠١-٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥، و«درر الحكام» ٢/ ٩٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٩، و«الكتاب» ٣/ ١٤١-١٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ١٥٨-١٥٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٦.

قال: (واعتبرنا الصُّلحَ في مرضِ الموتِ من كلِّ المال لا ثلثه).

الصلحُ عن قتل العمدِ في مرض (موت)[١] القاتل يعتبر من كلِّ المال.

وقال زفر[٢] رحمه الله: من ثلثه؛ لأنَّه تبرع؛ لأنَّه بدل مال لا في مقابلة مالٍ.

ولنَا: أنَّه في مقابلة أعز الأشياء، وهو النفس[٢].

قال: (وجعلوا شبه العمد نوعًا).

(شبه العمد نوع)[٣] من أنواع القتل كما بيَّنَاه.

وقال مالك رحمه الله[٤]: القتلُ نوعان: عمدٌ وخطأٌ لا غير؛ لأن العمديةَ إنْ كانت متحققة فيه فهوَ العمدُ، وإلَّا فهو الخطأُ؛ لانتفاء الواسطة بينهما كما في سائرِ الأفعالِ، وكما في الجناية على الأطراف.

وعندنا أقسامُ القتل خمسةٌ كما تقدم (بيان)[١] حصرها، وإنْ شئنا قلنا: أقسَامها ثلاثة: عمدٌ وشبهه وخطأٌ؛ لأنَّ القسمين الآخرين أحدهما أجري مجرى الخطأِ، والآخر ليس بقتل مباشرة، فنقول: العمدية إمَّا أن قارنت ما وجِد منه من القتل، أو لم تقارن، والثاني: الخطأ، والأول إمَّا أن يكونَ بما يفرِّق الأجزاءَ، أو ما يجري مجراه، أولا يكونُ، فالأول: العمد، والثاني: شبهه، هٰذا علىٰ قول الإمام[٥]، وأمَّا علىٰ

---

(١) من (ب).

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٥. (٣) ساقط من (ب).

(٤) «الكافي» ص٥٨٨، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٢٣٣-٢٢٤، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧٠٣، و«المعونة» ٣/ ١٣٠٦.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٣-٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٥، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥.

قولهما[١] فالتقسيم في الأولِ إمَّا أن يكونَ بما يقتل غالبًا أو لا يكون، والأول: العمد، والثاني: شبهه، وإنَّمَا ٱعتبرنا الآلة لقوله ﷺ: «**ألا إنَّ قتيل خطأ العمد قتيل السوطِ والعصا، وفيه مائة من الإبلِ**»، ولهٰذا وقعت التفرقة بين القتل وبين سائر الأفعال، وإنما يكونُ في الأطراف عمدًا لما يأتي إن شاءَ اللهُ تعالىٰ.

قال: (وهو أن يقصده بما لا يفرق الأجزاءَ، وقالا بما لا يَقْتُل غالبًا).

شبه العمدِ مفسرٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[٢] أنْ يقصد الضرب بما ليسَ بسلاحٍ، ولا في معنَى السلاحِ الذي يُقصد به القتلُ.

وقالا[٢] والشافعِي[٣] رحمهم الله: إذا ضربَهُ بخشَبةٍ عظيمةٍ أو حجرٍ عظيمٍ فهو عمد، وشبه العمد أن يقصدَ الضربَ بما لا يقتُلُ غالبًا كالسوطِ والعصَا الصغيرةِ؛ لأنَّ العمدية تتقاصرُ بتقاصرِ الآلة، وهٰذِه آلة تستعمل للتأديبِ دونَ القتلِ، فإذا حصلَ بها القتل كانَ معنى العمديةِ قاصرًا بخلاف ما إذا كانت الآلة عظيمةً؛ لأن العمديةَ متكاملةٌ؛ لأنها كالسيفِ في إفضائها إلى القتلِ واستعمالها فيه، فيجب به القصاصُ، وله أن الشبهة في العمديةِ والقصد تتعرف من قبل الآلة، وهٰذِه الآلة ليست موضوعةً للقتلِ ولا صالحةً له؛ لأنَّ المعنىٰ إذا ثبت لشيءٍ ٱستوىٰ فيه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٣-٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٥، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٣، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٤-٦٥، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٧.

(٣) «الأم» ٦/ ٦، و«التنبيه» ص٢١٤، و«الوجيز» ٢/ ١٢١.

صغيره وكبيرُه، كالحديدِ لما وضع للقتل أستوىٰ فيه صغيرُه وكبيرُه؛ لثبوتِ المعنىٰ للكلِّ، فأما الخشبُ فليس بمهلك وضعًا، وإنما يصير مهلكًا باعتبار حاله، وهو أنه عظيم، فنفي شبهة (عدم القصد باعتبارِ الأصل، وهو كونه غير موضوعٍ للقتلِ، والقصدُ ثابتٌ باعتبارِ الحالِ، فسمِّيَ شبه)[(١)] العمد من هٰذا (الوجه)[(٢)].

قال: (ويجب به الإثمُ والتكفيرُ بعتقِ رقبةٍ مؤمنة، فإن لم يجد فيصوم شهرين متتابعين، والدية المغلظة على العاقلةِ).

أما الإثم؛ فلأنه قتل عن (غيرِ)[(٣)] قصدٍ منه، وأمَّا الكفارة، فلشبهه بالخطأِ، وهي عتقُ رقبةٍ مؤمنةٍ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[(٤)] [النساء: ٩٢].

فإن لم يجد فيصوم شهرين متتابعين بهٰذا النص ولا يجزئ فيها الإطعام؛ لعدمِ ورودِ النصِّ به، ويجزئه الرضيع الذي أحد أبويه مسلم؛ لأنَّه مسلم بإسلامه، والظاهر سلامة أعضائه، ولا يجزئه ما في البطن؛ لأنه مجهولُ الحياةِ والسلامةِ، ولا قصاصَ في شبه العمدِ؛ لأنَّ القصاصَ يسقطُ بالشبهة؛ ولأنَّ القصاص موجبُ العمدِ المطلقِ، فإذَا تمكنت الشبهةُ فيه لم يكن عمدًا على الإطلاقِ.

وأمَّا وجوبُ الدية المغلظةِ على العاقلةِ؛ فلإجماعِ الصحابة[(٥)] رضي الله عنهم

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ٢٦/ ٦٥-٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٣، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨، و«درر الحكام» ٢/ ٩٠.

(٥) «الإجماع» لابن المنذر ص١٥١، و«موسوعة الإجماع» ١/ ٤٠٩.

علىٰ ذلكَ، وإن ٱختلفوا في كيفيةِ التغليظِ علىٰ ما يأتيك إن شاء الله تعالىٰ.
والأصلُ أن كلَّ ديةٍ تجب بالقتلِ ٱبتداءً، لا لمعنىٰ يحدث من بعد، فذلك على العاقلةِ؛ لأنَّ الأصلَ في وجوب الدية بالقتل حالةَ الخطأِ إنَّما كان لمعنى التخفيف، والترفيه بما يمكنُ من العذرِ في فعلِه وفي شبه العمد، وقد تمكنَ العذرُ في فعلهِ أيضًا من الوجه الذي ظهر الخللُ في قصدهِ من قبلِ الآلة، فأمكن النظر له /٨٩ب/ بالإيجابِ على العاقلةِ، وتجبُ في ثلاث سنين؛ لقضية عمر رضي الله عنه[١].

قال: (ويكونُ عمدًا فيما دونَ النفسِ).

لأنَّ قصدَ إتلاف النفس يختلف باختلافِ الآلات، وما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة، فبقي المعتبر تعمد الضرب وقد (وجد)[٢] فكان عمدًا[٣].

قال: (وإذا رمَىٰ غرضًا فأصابَ آدميًّا أو من يظنُّه حربيًّا، فإذا هو مسلمٌ؛ فقد أخطأَ فلا إثم، وتجبُ الكفَّارةُ والديةُ على العاقلة).

الخطأُ علىٰ نوعين: خطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضًا فيصيب آدميًّا، وخطأ في القصدِ وهو أن يرمي من يظنه حربيًّا فإذا هو مسلم، أو صيدًا، فإذا هو آدميٌّ، وحكمهما واحدٌ، فلذلك جمعهما في الكتابِ، ولا إثمَ في

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٣-٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.
(٢) في (ب): (قصد ذلك).
(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٤٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٤، و«الهداية» ٤/ ٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

الخطأِ - يعني: إثمَ القتلِ- فأمَّا (الفعل)[(١)] في نفسهِ (فلا)[(٢)] يخلو عن الإثم من حيث ترك العزيمة، والمبالغة في التثبتِ، والكفارةُ شُرعت في الخطأِ لهٰذا المعنىٰ.

وأمَّا الدية فلقوله تعالىٰ: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، وهي على العاقلةُ لمَا بيَّنا[(٣)] ولما يأتيكَ في الدياتِ.

قال: (وإذا ٱنقلبَ النائمُ علىٰ غيرهِ فقتلهُ أجريَ مجراه).

هٰذا القسم ملحقٌ بالخطأ في جميعِ أحكامِهِ، وهو أنْ ينقلبُ النائمُ علىٰ آخر فيقتله؛ لأنَّ النائمَ لا قصدَ له، فلا يوصفُ فعله بالعمدِ، ولا بالخطأِ إلَّا أنَّه في حكم الخطأِ لحصولِ الموتِ بفعلِهِ كالخاطئ[(٤)].

قال: (وإذا حفرَ بئرًا أو وضع حجرًا في غيرِ ملكه، فعطب به إنسانٌ وجبت ديتُه على العاقلةِ لا غير، ويضمنُ غير الآدمي من مالهِ).

هٰذا هو القسمُ الخامسُ وهو القتل بالتسبيب، وذلك أن يضعَ حجرًا في غيرِ ملكِه، أو يحفر بئرًا في غير ملكِه، وإنما تجبُ الدية على العاقلةِ؛ لأنَّ الشرع أنزله موقعًا (ودافعًا)[(٥)] من حيث تسبب للإتلاف؛ ولأنَّ العاقلةَ تعقلُ

---

(١) في (ب): (القتل).

(٢) في (ج): (فلأنه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٦، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٥١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٣، و«الهداية» ٤/ ٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

(٥) في (ب): (واقعا).

الخطأ تخفيفًا على القاتلِ مخافةَ ٱستئصال ماله، والتسبيب[١] دون الخطأِ في الجناية، فكان أولىٰ بالتخفيفِ، وإنَّما يضمن غير الآدمي كالأموالِ والعروضِ والحيوانِ وغيرِ ذلك من مالِه؛ لأنّ العاقلةَ لا تعقل الأموال، وهٰذا الحكم ثابتٌ في جميع فروعِ القتلِ بالتسبيب، ويعتمد ضمان التسبيب وصف التعدي، وقد نبه عليه بقوله: (في غير ملكه)[٢]؛ لأنَّ صنعه في ملكِه مشروعٌ ومأذونٌ له فيه، فلم يكن متعديًا، فلا يجبُ ضمانُ ما تلفَ به، ولا تتعلقُ به الكفارةُ ولا حرمانُ الإرثِ عندنا.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يلحقُ بالخطأِ في حق أحكامِه؛ لأنَّ الشرعَ جعلهُ قاتلًا بهٰذا الفعلِ، فيوفر عليه أحكام القتلِ.

ونحن نقول: القتلُ معدومٌ منه حقيقةً؛ لأنَّ التصرفَ لم يوجد منه في المتلفِ، وإنَّما وجد في محلٍّ آخر، فإلحاقُ المسبب بالمباشر علىٰ خلافِ الأصل في إيجَابِ الضمان، فبقَي في حقِّ الكفارةِ، وحرمانُ الإرثِ على الأصلِ، ولو سقاه سمًّا فقتله فهو مسبب لعدمِ المباشرةِ؛ ولأنَّ ذلك ليس بموضوعٍ للقتلِ، فإنه يختلفُ باختلافِ الأمزجة. ولو دفعَ إليه فشربَهُ هو فلا شيءَ عليه ولا علىٰ عاقلتِهِ؛ لأنَّه هو الذي قتل نفسه، والحكم ينقطعُ عن السببِ إذا أمكنت الإضافةُ إلى العلةِ، فالتحقَ بالموقع نفسه في البئرِ[٣].

---

(١) في (ب): (التسبب).

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٢-٢٥٣، و«الكتاب» ٣/ ١٦٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٨، و«الهداية» ٤/ ٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٨.

قال: (ويحرمُ الميراثُ بالكلِّ إلَّا بالتسبب).

لقوله ﷺ: «**لا ميراثَ لقاتلٍ**»[١]، والمسبب ليس بقاتل ولا متهم؛ لأنه لا يعلم أن مورثَه يقع في البئرِ.

وفي شبه العمد القتلُ موجودٌ فيتعلق به الحرمانُ، والشبهة أثرها في إسقاطِ القصاص.

وفي الخطأِ نوعُ إثمٍ كما بيَّناه، ولذلك وجبت الكفَّارةُ فيه، فيتعلق به الحرمانُ[٢].

قال: (ونجعلُ عمدَ الصبي والمجنونِ (والمعتوه)[٣] خطأً؛ فنوجبُ الديةَ علىٰ عاقلتهما، لَّا في مالهما، ولا نحرمهما الميراثَ، ولا نوجبُ عليهما الكفارة).

عمد الصبي والمجنونِ والمعتوه خطأٌ، وفيه الديةُ على العاقلةِ.

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: هو عمدٌ والديةُ في مالهم؛ لأنَّه عمدٌ حقيقةً؛ لأنَّه عبارة عن القصدِ، غير أنَّه يختلفُ أحد حكمي العمدِ، وهو القصاصُ؛ لأنَّ هٰؤلاء ليسوا من أهلِ العقوبةِ، فيتعين حكمه الآخر وهو الوجوبُ في مالهِ؛ ولهٰذا قال بوجوبِ الكفارةِ وبالحرمانِ عن الإرثِ؛ لتعلقهما بالقتل.

---

(١) رواه الترمذي (٢١٠٩)، وابن ماجه (٢٦٤٥) من حديث أبي هريرة بلفظ: «**القاتل لا يرث**»، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (١٦٧١).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٤٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٦٨، و«الهداية» ٤/ ٥٠٢-٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩.

(٣) من (ب).

(٤) «الأم» ٦/ ٥، و«المهذب» ١/ ١٧٤، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ١١.

ولنا[١]: ما روي عن عليٍّ ﷺ أنَّه جعل عقل المجنون علىٰ عاقلتهِ.

وقال (محمد)[٢]: عمده وخطؤهُ سواءٌ، والصبا مظنةُ المرحمةِ، والعاقلُ الخاطئُ لما ٱستحق التخفيف ووجبت الدية على العاقلة، فالصبيُّ والمجنونُ -وهو أعذر- أَوْلَىٰ بهٰذا التخفيف، وعمديته حقيقة ممنوعة؛ لأنَّها تترتبُ على العلمِ، والعلمُ على العقلِ، والمجنون عديمُ العقلِ، والصبيُّ (قاصرٌ)[٣]؛ فلا يتحققُ منهما، وصار كالنائم، ولما لم يكونا من أهل العقوبةِ لم يحرما الميراثَ؛ لأنَّ الحرمانَ عقوبةٌ، وكذلك لم تجبُ الكفارةُ؛ لأنَّها شرعت زاجرةً ساترةً، ولا ذنبَ عليهما؛ لأنَّ القلم مرفوع عنهما.

قال: (ويقتص من حرٍّ لعبدٍ، ومسلمٍ لذميٍّ، ولا يقتلان بمستأمنٍ).

يُقتلُ الحرُّ بالعبدِ، (كما يُقتلُ العبدُ بالحرِّ[٤]، وقال الشافعي[٥]: لا يُقتلُ الحرُّ بالعبدِ)[٦]. وكذلك يُقتلُ المسلمُ بالذميِّ الذي يؤدي الجزيةَ.

وقال الشافعيُّ ﵀: لا يُقتلُ به.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٢٩، و«الكتاب» ٣/ ١٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٦، و«الهداية» ٤/ ٥٠٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١، ٤٩٦-٤٩٧.

(٢) أخرجه عبد الرازق ١٠/ ٧٠، ح١٨٣٩٤، والبيهقي ٨/ ٦١.

(٣) في (ب) و(ج): (قاصره).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٠، و«الكتاب» ٣/ ١٤٣-١٤٤، و«المبسوط» ٢٦/ ١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٤/ ٥٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩-٤٨٠.

(٥) «الأم» ٦/ ٢٦، و«المهذب» ١/ ١٧٥، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠، و«تكملة المجموع» ٢٠/ ١٢.

(٦) ساقطة من (ب).

وأجمعنا علىٰ أن المسلمَ والذميَّ لا يقتلان بالكافرِ المستأمنِ إلَّا رواية عن أبي يوسف[١] /١٩٠أ/ فإنه قال: يُقتلُ المسلمُ بالمستأمنِ ٱعتبارًا بذي العهدِ، وكذلكَ الذميُّ. وسيأتي الجوابُ عنه.

وللشافعي رحمه الله في الأولىٰ قوله تعالىٰ: ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وهٰذا تفسيرٌ لما شُرع في جنس القتلىٰ، فوجبَ أنْ يدلَّ على الحصرِ، فانتفىٰ جوازُ قتلِ الحرِّ بالعبدِ ضرورة هٰذِه المقابلة؛ ولأنَّ مبنى القصاص على المساواة، وهي منفية بين المالك والمملوكِ؛ ولهٰذا لا يُقطع طرفُ الحرِّ بطرفِه، بخلاف العبدِ بالعبدِ؛ لأنّهما يتساويان، وبخلاف العبدِ يُقتل بالحرِّ؛ لأنه تفاوت إلىٰ نقصان، وفي الثانيةِ قوله ﷺ: «**لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ**»[٢]؛ ولأنَّ القصاص يعتمدُ المساواة، وهي غايته نظرا إلى ٱختلاف سببي عصمة المسلم والذِّمِّي والحر والعبد في القوة والتأثير. فإن الإسلامَ أقوىٰ سببًا في ثبوتِ العصمةِ من (الذمة)[٣]، وكذلك ما به شرفُ الحريَّة وهي الآدمية أقوىٰ ما (هو)[٤] سبب العصمة في (العبد)[٥] وهو المالية، وإذا تفاوتت العصمةُ ٱنتفى التساوي، فلا يُشرعُ القصاصُ، ولأنَّ الكفر مبيحٌ للقتل في الجملة؛ لكونه من أعظم الجنايات، وإنَّما سقط القتل في الذميِّ بعارض عقد الذِّمة، فكانت العلةُ مورثةُ شبهة مؤثرة في سقوطِ القصاص عن المسلمِ بقتلهِ. ولنا في الأولِ قوله تعالىٰ: ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥]، وهي ناسخةٌ لآيةِ البقرة في قول جمعٍ من السلفِ، والمائدة محكمةٌ كلها، وعلىٰ أنَّها غير

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ١٣٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٠.

(٢) رواه البخاري (١١١) من حديث علي.

(٣) في (ب): (الذمية)، وفي (ج): (الذمي).

(٤) في (ب): (به).

(٥) في (ب): (العمد).

منسوخة فلا دلالة فيها على التخصيص؛ لأنَّ العبدَ يُقتل بالحرِّ، والذكرَ بالأنثىٰ، والأنثىٰ بالذكرِ، فلم تَبْقَ حجةٌ في التخصيص علىٰ أنَّ سببَ نزولها يظهر المراد بها وهو ما كان أوس وبنو النضير يتفاضلون بني قريظة وخزرجًا ويقتلون الحر من أحدهم بالعبد من الآخر، والذكر بالأنثىٰ، والعشرة بالواحدِ، وأرادوا مثلَ ذلك في الإسلامِ، فنهوا عنه؛ ولأن العصمة بينهما ثابتةٌ على السواءِ؛ لاستوائهما في التكليفِ أو الدار، والمالية لا تَحلُّ بالعصمة، وإذا ٱستويَا في العصمة جرى القصاص بينهما، وإنما لم يجرِ في الأطراف؛ لما يأتي إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

ولنا: في الثانيةِ قوله ﷺ: «**إنما قبلوا عقد الذمة لتكونَ دماؤهُم كدمائِنا، وأموالُهم كأموالِنا**»[1]، ومن المشهور أنه ﷺ قتل مسلمًا بذميٍّ وقال: «**أنا أحقُّ مَن وفَّىٰ بذمته**»[2]؛ ولأنَّ القصاص يعتمد المساواة، وهي ثابتة نظرًا إلى التكليف أو الدار، والكفرُ إنَّما يكونُ مبيحًا في حقِّ المحاربِ دون المسالمِ، والذميُّ محقون الدمِ على التأبيد كالمسلم، وهٰذِه العصمةُ المؤبدة مما تنفي قيام شبهة الإباحة؛ لأنها لو ثبتت بوجه ما ٱنتفت شرعية القصاص بقتله مطلقًا، إذ المعنى القائم بالمحل لا يختلفُ باختلافِ القاتلِ، ولهٰذا لو قتله ذميٌّ وجب القصاصُ، وإنَّما كان الكفرُ مبيحًا للقتل لا بذاته، ولٰكن بواسطة كونه باعثًا على الحراب؛ لأنَّ الأصلَ في تجزئة الأفعال تأجيلها إلىٰ دار الجزاءِ،

---

(١) ذكره في «نصب الراية» ٣/ ٣٨١، و«الدراية» ٢/ ١١٥ عن علي موقوف، وقال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٢) رواه الدارقطني ٤/ ١٣٤-١٣٥ من طريق ابن البيلماني عن ابن عمر مرفوعًا، وعن ابن البيلماني مرسلًا. ثم قال: وابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة.

وما قُدِّمَ منها ما قُدِّمَ إلَّا لدفع الضررِ اللاحقِ بالعباد، (والضررُ اللاحق)[١] بالكفرِ ليس إلَّا أنه باعث على الحرابِ، فإذا ٱنتفىٰ ذلكَ بعقدِ الذمةِ لم يبقَ مبيحًا، ألا ترىٰ أن كفر المرأةِ لا يبيح قتلها؛ لأنَّها لا تستعد للمحاربة بأصل الخلقة، وإذا ٱرتفعت الإباحةُ ثبتت العصمةُ على الإطلاقِ، وإذا ٱستويَا فيه ترتب القصاص عليه، وتبين بما قرَّرْنَا أن المراد بقوله ﷺ: «**لا يُقتل مسلم بكافرٍ**»[٢]، أي: حربي مستأمن؛ ولهٰذا عطفَ على المسلم قوله: «**ولا ذو عهدٍ في عهده**»[٣]، أنه لا يقتل مسلم ولا ذو عهد في عهدهِ بكافر حربي، وإنَّما لا يُقتل المسلم والذمِّي بالمستأمن؛ لأنَّ كفره باعث على الحراب، فإنَّه علىٰ عزمِ العودِ والمحاربةِ، فلم يكن محقونَ الدَّم على التأبيدِ، وشرطُ القصاصِ العصمةُ المؤبدةُ فقامت الشبهة المانعةُ عن القصاصِ، وهٰذِه من الزوائدِ.

قال: (وَيُقتل الرجلُ بالمرأةِ، والكبيرُ بالصغيرِ، والصحيحُ بالأعمىٰ والزمن والمجنون).

لقوله تعالىٰ: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأنَّ القتل يصرف الروح بالإزهاق، وهم متساوون في النفسية، ولأنَّا لو ٱعتبرنا العصمةَ فيما وراءَ العصمةِ من الأطرافِ والأوصافِ لامتنع القصاص، ولعادَ على المشروعِ بالنقض[٤]، والحكم في المجنون من الزوائد.

---

(١) ساقطة من (ج). (٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه أبو داود (٢٧٥١)، وأحمد ٢/ ١٨٠، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٦٧١٢)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٠.

قال: (ولا بعبدِهِ وعبدِ ولدِه، ومكاتبِه ومدبره، وأمّ ولده، ولا والد وإن علا بولدِه وإن سفلَ، ولم يقتصوا منه لو ذبحه).

أما العبدُ؛ فلقوله ﷺ في رواية عمر رضي الله عنه: « **لا يقاد والدٌ بولدهِ**[1] **ولا سيد بعبدِهِ** »[2]؛ ولأنَّه لو وجب القصاص لوجب له، ويستحيل أن يجب له علىٰ نفسه قصاص، وكذلكَ إذَا كانَ القاتلُ مالكًا لبعض العبدِ؛ لأنَّ القصاصَ لا يتجزَّأ، فإذا سقط في البعض سقط في الكلِّ، وأما المكاتبُ والمدبرُ وأمُّ الولدِ؛ فلأنهم في معنى العبدِ، والحكم في أمِّ الولدِ من الزوائد. وأمَّا الولد فلما روينا.

ومعنىٰ قوله: (وإن علا) أي: لا يُقتلُ الجدُّ فصاعدًا /٩٠ب/ سواء كان من قبل الرجال أو النساء، وقوله: (وإن سفل)؛ ليشمل ولد الولد، ويدخلُ في إطلاق الوالد[3] الأم والجدة من قبل الرجال والنساء)[1]، وهٰذا (لأنَّ الولدَ جزء من الوالد)[4] فإنَّه أصله، وإهلاكُ الأصلِ بسبب الفرعِ غير مشروع، وهكذا إهلاكُ الأصل بالجزءِ، والأجداد والجدات كانوا أسباب وجوده، فينزلوا منزلة الأب والأم، وقوله: (وإن علا) (وإن سفل) من الزوائد[5].

---

(١) ساقطة من (ج).

(٢) رواه الترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، وأحمد ١/ ٢٢، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٢١٤) وليس فيه قوله: « **ولا سيد بعبده** ».

(٣) في (ب): (الولد).

(٤) في (ج): (لأنَّ الوالد خير من الولدِ).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٠-٩١، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٠-٤٨١.

وقد أشارَ إلىٰ خلافِ مالك رضي الله عنه[١] بقوله: ولم يقتصوا منه لذبحه فإن الوالد إذا ذبح ولده يقتص منه عنده بخلافِ ما لو قتلهُ بالسيفِ، والفرقُ أن الشبهة في عدم العمدية بالسيف قائمة وهو أنه قد يقصد بتحريكَ السيف عليه تأديبه طلبًا للانزجار، ثم يتحرك الولد فيصيبه السيف، بخلافِ الذبحِ؛ لانتفاء هٰذِه الشبهة. ولنا ما روينا، والعمدية تثبت نظرا إلى الآلة المستعملة في إزهاق الروح[٢].

قال: (ونوجب الدية في ماله في ثلاث سنين لا في الحال).

أما وجوبها في ماله؛ فلما مرَّ أنَّ العاقلةَ لا تعقل عمدًا، وأما التأجيل إلىٰ ثلاثِ سنين فمذهبنا[٣].

وقال الشافعي رحمه الله[٤]: تجب في الحال؛ لأن الأصلَ فيما وجب بالإتلافِ أنه يجب حالًا، والتأجيل يعارض التخفيف في حق الخاطئ، وهٰذا عامد فلا يستحقه.

ولنا: أنَّه مال واجب بالقتل فوجب أن يكون مؤجلًا كدية الخطأ وشبه العمد؛ وهٰذا لأنَّ القياس يأبىٰ تَقوُّمَ الآدميِّ؛ لعدم المماثلة بين النفس والمالِ، لكنه ثبت شرعًا وقد ورد به مؤجلًا فلا يعدل عنه.

---

(١) «الكافي» ص٥٨٨-٥٨٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٢٣٢-٢٣٣، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧١٠-٧١٢، و«التلقين» ٢/ ٤٦٤-٤٦٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٤، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٠-٩١، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٦١، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٢، و«الهداية» ٤/ ٥١٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٦.

(٤) «الأم» ٦/ ١١٢، و«المهذب» ٢/ ٢١٣، و«الوجيز» ٢/ ١٤٠، و«تكملة المجموع» ٢٠/ ١٨٦.

قال: (ومن ورث قصاصا علىٰ أبيه سقط).

لأن الولد لا يثبتُ له قصاص علىٰ الأبِ[١] فيسقط بحرمة الأبوة[٢].

قال: (ويقتصُّ من العبدِ إذا أقرَّ بالعمدِ).

لأنَّ هٰذا الإقرار من العبد لا تهمة فيه؛ لكونه عائدًا عليه بالضرر فيقتل، وهو يجري علىٰ (أصل)[٣] الحرية باعتبار الآدمية فيما يرجع إلى الدَّمِ؛ ولهٰذا لا يقبل إقرار المولىٰ عليه بحدٍّ ولا قصاص، وإن كان هٰذا الإقرار يصادف حقّ المولىٰ، لكن ذلك ضمني لا قصدي فلم تجب مراعاته[٤].

قال: (ومن جرح عمدًا فمات المجروح منها اُقتص منه).

إذا جرح رجلٌ رجلًا عمدًا فلم يزل صاحبَ فراشٍ حتىٰ مات في تلك الجراحة -أي: لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه ظاهرًا- فعليه القصاصُ؛ لوجودِ السبب وعدم ما يبطله[٥].

قال: (ولو رمىٰ عمدا فنفذ إلىٰ آخر فماتا وجب القصاص للأول، والدية للثاني).

أمَّا الأول؛ فلأنَّه عمد، وأمَّا الثاني؛ فلأنه أحد نوعي الخطأِ؛ لأنَّه بمنزلة من رمىٰ غرضًا فأصاب غيره، فتجب الدية فيه على العاقلة،

---

(١) في (ب): (أبيه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٤-١٤٥، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٩٤.

(٣) من (ب)، و(جـ).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٠-٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٥١، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣١، و«الهداية» ٤/ ٥١٤.

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٠٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١.

وهٰذا الفعل -وهو الرمي- وإن كان واحدًا إلَّا أنَّه تعدد حكما بتعدد أثره، فيتعدد موجبه[(١)].

قال: (ويستوفيه بالسيف لا بما قتل به).

مذهب الشافعي رحمه الله[(٢)] أن القاتل يستوفىٰ منه بمثل ما فعله في المقتول إن كان فعلًا مشروعًا، فإن مات وإلا جزت رقبته حتىٰ لو كان قطع (يده)[(٣)] فمات، فالولي يقطع يد القاطع، فإن مات من القطع وإلا (جزَّ)[(٤)] رقبته؛ لأن القصاص يستدعي المماثلة.

وعندنا: لا يقتص إلَّا بالسيف، وما جرىٰ مجراه في إزهاقِ الروحِ؛ لقوله ﷺ: « **لا قود إلَّا بالسيف** »[(٥)]، والمراد السلاح وما يجري مجراه في القتل نقلًا عن أئمةِ الحديث؛ ولأن فيما ذهبَ إليه ٱستيفاءَ الزيادة بتقدير عدمِ حصولِ المقصودِ، بمثل ما فعلَ وهو جز الرقبة، فيتحرز عنه كما في (كسر العظم)[(٦)(٧)].

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٥١، و«الهداية» ٤/ ٥١٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٣، و«درر الحكام» ٢/ ٩٠.

(٢) «الأم» ٦/ ٦٢، و«المهذب» ٢/ ١٨٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٩٦-٩٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٥٦.

(٣) في (ب): (يديه).

(٤) في (ج): (جزت).

(٥) رواه ابن ماجه (٢٦٦٧)، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه» (٢٢٢٩).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٤٥، و«المبسوط» ٢٦/ ١٢٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١.

(٧) في (ب): (كسر لحم العظم).

قال: (وإذا قتلَ مكاتب عن وفاءٍ وله مولى ٱستوفاه مولاه ومنعه أو ورثه، فلا قصاص، وإن ٱجتمعوا معه).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا قتل المكاتب عمدًا وليس له وارث إلَّا المولىٰ، وقد ترك وفاء فللمولى ٱستيفاء القصاص عند أبي حنيفة[١] وأبي يوسف[٢].

وقال محمد[٣] رحمهم الله: لا أرىٰ في هٰذا قصاصًا، وإنما (سقط)[٤] قيد العمدية ٱختصارا؛ لدلالة ٱستيفاء القصاص عليه.

لمحمد رحمه الله أنه (اشْتبه)[٥] سبب الٱستيفاء، فإنه إن (مات حرًّا فهو)[٦] الولاء أو عبدًا فهو الملك؛ لأنَّ الصحابة رضي الله عنهم ٱختلفوا في المكاتب يموت عن وفاء، فقال بعضهم: يموت عبدًا وتبطل الكتابة.

وقال بعضهم: يؤدي بدل الكتابة من (أحكام)[٧] أكسابه، ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، ففي الأول يجب القصاص /١٩١أ/ للمولىٰ بالملك، وفي الثاني يجب للمقتول ثم ينتقل بالولاء إلى المولىٰ، ومع الٱشتباه لا يمكن القضاءُ بشيءٍ، وصار كمن قال لغيره: بعني هٰذِه

(١) «الكتاب» ٣/ ١٤٥، و«الهداية» ٤/ ٥٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٢، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٢٢.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٤٥، و«المبسوط» ٢٦/ ١٢٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٢.

(٤) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، وفي (ج): (أسقط).

(٥) في (ب): (أشبه).

(٦) طمس في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٧) من (ب).

الجارية بكذا. فقال: زوجتكها. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف السبب، كذا هٰذا، وكما لو ترك وارثًا آخر.

ولهما: أن حق الاستيفاء له مطلقا حرًّا مات أو عبدًا، والمستوفي وهو المولىٰ معلوم، والحكم وهو القود واحد. واختلاف سببِ الاستيفاءِ لا يفضي إلى المنازعة، ولا إلى اختلافِ حكم ليمنع من ترتب الحكم على السبب، فلم يبال به، بخلاف ما استشهد به لاختلاف حكمِ ملكِ اليمين وحكم ملكِ النكاح.

المسألة الثانية: إذا ترك وفاءً وترك ورثة غير المولىٰ فلا قصاص لهم، وإن اجتمعوا مع المولىٰ؛ لأن من له الحق هٰهنا مشتبه؛ لأنَّه إنْ ماتَ عبدًا فالحق للمولىٰ، وإن مات حرًّا فللورثةِ؛ وهٰذا لاختلاف الصحابةِ[1] رضي الله عنهم في موته على الحريةِ أو الرقبةِ. وإذا اشتبه وليُّ الحق تعذَّر استيفاؤه بخلافِ المسألةِ الأولىٰ؛ لأن صاحب الحقِّ فيها واحد معلوم[2].

فرعان: فلو قتل عن غير وفاء ولا وارث إلَّا المولىٰ فالقصاص له؛ لأنه مات عبدًا إجماعًا، وإن كان له ورثة أحرار وجب القصاص للمولىٰ أيضًا بالإجماعِ؛ لأنَّه مات عبدًا بيقين لانفساخ الكتابة، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء؛ لأنَّ العتقَ في البعضِ لا ينفسخ بالعجز.

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ١١٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٥.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٥، و«المبسوط» ٢٧/ ١١٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٢.

قال: (أو أعتقه مولاه بين القطع والسراية وهو الوارث حكم بالأرش والنقصان وهما بالقصاص).

رجل قطع يد عبد غيره عمدًا، ثم أعتق مولى العبدِ (العبدَ)[١]، ثم سرىٰ إلى النفس فمات العبد من القطع، ووارثه مولاه لا غير، فله أن يقتص عند أبي حنيفة[٢] وأبي يوسف[٢] رحمهما الله، فيقتل القاطع[٣] قصاصا.

وقال محمد رحمه الله[٤]: له أرش يده، وما نقصه القطع إلىٰ أن أعتقه -والتنبيه على النقصان من الزوائد- حتىٰ إذا كانت قيمته وقت القطع مائة وعادت بالقطع إلىٰ خمسين، ثم صارت لتواتر الألم والضعف عند العتق ثلاثين، يجب على القاطع سبعون، وما بقي من القيمةِ سقط بالإعتاق، وهٰذِه المسألة والاختلاف فيها نظير سابقتِها، فإن عند محمد رحمه الله لا يجب القصاص؛ للترددِ في سبب الاستيفاءِ، وعندهما يجب؛ لأنَّ المستوفي وهو المولىٰ واحد، وهو معلومٌ بخلاف مَا إذا كانَ له وارثٌ آخر غير المولىٰ للترددِ في المستوفىٰ.

قال: (أو عبدٌ مرهونٌ لم يستوفِ حتىٰ يجتمع الراهن والمرتهن).

(لأنَّ المرتهنَ لا ملكَ له فيه فانتفت ولايتُه، والراهنُ الذي ملكه قائمٌ

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٨، و«درر الحكام» ٢/ ١١٧.

(٣) في (ب): (القاتل).

(٤) «الهداية» ٤/ ٥٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٨، و«درر الحكام» ٢/ ١١٧.

فيه لو تولى ٱستيفاءَ القصاصِ بطلَ حقُّ المرتهنِ)[١] في الدَّينِ، فوجبَ ٱجتماعهما ليسقطَ حقُّ المرتهن برضاه، فلا يرجع على الراهنِ[٢].

قال: (ولكبار الورثة الٱستيفاءُ، وقالا: حتىٰ يبلغَ الصغار القصاص).

إذا كان بين صغارٍ وكبارٍ فللكبارِ ٱستيفاؤُه في الحال من غير أن ينتظر بلوغَ الصغار عند أبي حنيفة[٣].

وقالا[٣] رحمهم الله: ليسَ لهم ذلكَ حتىٰ يبلغوا؛ لأنَّه حقٌّ مشتركٌ بينهم فلا ينفردُ بعضهُم باستيفائِه كما لو كان بين حاضرٍ وغائبٍ.

وله: أن القصاصَ لا يتجزأُ؛ لأنَّ سببه لا يتجزأُ، وقد ملكه الورثةُ كذلكَ فيثبتُ لكل واحدٍ منهم على الكمالِ كأنَّه منفردٌ به، كما في ولايةِ الإنكاحِ الثابتة بين الأولياءِ المتساويين في الدرجةِ، وهٰذا لأنَّ أحد الوليين لو بادرَ إلى الٱستيفاءِ بغير (إذنِ)[٤] الآخر لم يضمن له شيئًا بخلافِ الغائبِ؛ لأنَّ إمكانَ عفوِه قائمٌ؛ فيكونُ فعل الحاضرِ إراقةً لدم معصومٍ لأنَّ الحقَّ وإن ثبتَ لكل منهما كملًا، إلَّا أنَّ العفو الصحيح من أحدِهما (بمنزلته من القتيلِ)[٥] نفسه في حقِّ سقوطِ القصاصِ، فهٰذا الٱحتمالُ مانعٌ من تفردِ الحاضر بالاستيفاءِ ولا كذلك في مسألتنا؛ إذ

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٦، و«المبسوط» ٢٦/ ١٧٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٣، ٦٠٩، و«الهداية» ٤/ ٥٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١-٤٨٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٧٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٢، و«الهداية» ٤/ ٥٠٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٢.

(٤) في (ب): (عذر).

(٥) في (ب): (بمنزلة من قتل).

العفو لا يصحُّ من الصغيرِ فلا يكون فعل الكبيرِ إراقةً لدمٍ معصومٍ، وهٰذِه المسألةُ مذكورة في «المنظومة»[١] في كتاب الصلحِ وهي بهٰذا المكان أليقُ.

قال: (ولو أقامَ أحد وليين بيّنة بالقتل والآخر غائبٌ حُبس القاتلُ حتَّىٰ يحضر ويعيدها، والإعادة شرطٌ، وقالا: حضوره).

قال أبو حنيفة[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا أقامَ أحدُ الوليين بيّنة على القاتلِ بالقتل مع غيبةِ الولي الآخر، فإنَّ القاتل يحبس حتىٰ يحضر الولي الآخر، فإذا حضر فلابدَّ من إعادةِ البينة لاستيفاءِ القصاص.

وقالا[٢]: حضورهُ كافٍ، وأجمعوا أن الحاضر منهما لا يستوفي قبلَ حضورِ الآخرِ؛ لاحتمالِ عفوه، وأجمعوا في الخطأِ أنه لا يعيدُها. لهما أن البيّنة قائمةٌ ممن له إقامتُها /٩١ب/ على الخصمِ عند القاضي، وإنَّما ٱمتنع الاستيفاءُ بسبب غيبة الولي الآخر؛ تحرزا عن إراقةِ الدم المعصوم لاحتمال العفوِ الصحيحِ منه، فإذا حضرَ ٱرتفعَ الاحتمالُ، فيترتب على البينةِ موجبها، وهو الاستيفاءُ كما لو كان القتلُ خطأً، وله أن القصَاصَ حق القتيلِ من جهة، ألا ترىٰ أنَّه لو عفا بعد الجرحِ صح عفوه، ولو ٱنقلب مالا قضيت به ديونه ونُفِّذَت منه وصاياه، وهو حقُّ الورثةِ من وجه، ألا ترىٰ أنَّهم لو عفوا بعد الجرح قبل الموتِ صحَّ، ولو لم يكن حقهم لم يصح كما لا يصحُ، إبراؤهم غريمه عن الدين قبل موته، فكان

---

(١) المنظومة لوحه (٣٧).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ١٧٧-١٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥١، و«الهداية» ٤/ ٥١٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٠٠.

الاَحتياطُ في اَشتراطِ إعادة البينة بخلاف الخطأ؛ لأنَّ موجبه المال وهو حقُّ القتيلِ من كل وجه؛ لكونه عوضًا عن دمه، ألا ترىٰ أنه يصرف إلىٰ مصالحهِ أولًا، كتجهيزه وتكفينهِ وقضاءِ ديونِه وتنفيذِ وصاياه، وليس مبناه على التغليظِ حتىٰ يثبت بشهادةِ النساءِ مع الرجالِ، وبالشهادة على الشهادةِ، ولا كذلك العمد، (وأحد الورثة)[1] ينتصبُ خصمًا عنه وعن باقي الورثةِ فيما يَدَّعِي الميت[2] أو يُدَّعَىٰ عليه، فكانت البينةُ قائمةً ممن هو خصمٌ في هٰذِه الواقعةِ، أمَّا القصاصُ فمن حيثُ هو حقُّ القتيلِ فهو كذلك من حيثُ هو حقُّ الورثةِ، لم يكن الحاضرُ وكيلًا عن الغائبِ ولا نائبًا عنه فيما هو حقه، فلم تكن البينةُ قائمةً ممن هو خصمٌ، فلم تثبتُ بالشكِّ عند حضور الغائبِ مكنة الاَستيفاء قبل الاَدعاءِ[3].

قال: (ويقتل جمع بواحد).

لما مر من العمومات؛ ولما رويَ أنَّ سبعة من صنعاء قتلوا واحدًا فقتلهم عمرُ ﷺ، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهُم به، وعليه إجماعُ الصحابةِ[4][5].

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (البينة).

(٣) «المبسوط» ٢٦/ ١٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥١، و«الهداية» ٤/ ٥١٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٠٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٥٠، و«المبسوط» ٢٦/ ١٢٦-١٢٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٠، و«الهداية» ٤/ ٥١٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٣.

(٥) «موسوعة الإجماع» ٢/ ٤٨٥.

قال: (وواحدٌ بجمع ويُكتفىٰ به).

رجل قتل جماعةً فإنَّه يُقتل بهم، ولا يجب لأوليائِهم غير قتله[١].

وقال الشافعي[٢] رَحِمَهُ اللهُ: يُقتل بالأولِ منهم، ويجبُ للباقينَ المالُ، وإنْ ٱجتمعوا ولم يُعرف الأولُ قتلَ بهم جميعًا، وقسمت الديات بينهم، (وقيلَ يقرعُ بينهم)[٣] فيقتلُ بمن خرجت قرعته؛ لأنَّ الموجود منه عشر قتلات مثلا، والقتل الواحد لا يوازيها، فانتفت المماثلةُ المرغبة[٤] في القصاص، وهٰذا هو القياس في الفصل الأول، إلَّا أنَّا عدلنا عنه بالنص وبحكمة الزجرِ والردعِ؛ لأنَّ القتل غالبًا يقع بالتغالبِ فنزل كل منهم مفردًا[٥] بقتله حكمًا والآخر كالمعين علىٰ تحصيل المقصود، وهٰذا المعنىٰ مفقود هٰهنا.

ولنا: أن العشرة إذا قتلوا واحدًا، ٱعتبر كلّ منهم مستوفيًا حقه على الكمال، (وإلا لما وجبَ القصاص، فكذا إذا وقع جزاءٌ أنزل كل منهم مستوفيًا حقّه على الكمال)[٦]؛ وهٰذا لأنَّ إزهاقَ الروحِ لا يتجزأُ، وقد حصل عقيب ٱجتماعهم عليه، فلكل فعل أثر في ٱستدعائه فأضيفَ إلىٰ كل منهم كملا. إلَّا أنَّ هٰهنا شبهةٌ، وهي أنَّ القتلَ إذا صارَ مضافًا إلىٰ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٥٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٩، و«الهداية» ٤/ ٥١٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٣، و«درر الحكام» ٢/ ٩٥.

(٢) «الأم» ٦/ ٢٢-٢٣، و«المهذب» ٢/ ١٧٥، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٧-٣٨، و«تكملة المجموع» ٢٠/ ٣٠-٣١.

(٣) سقط من (ب).

(٤) في (ج): (الشرعية).

(٥) في (ب): (منفردا).

(٦) ساقطة من (ب).

هٰذا لم يبقَ حتىٰ يمكن إضافته إلىٰ غيره، فقامت شبهة عدم الإضافة إلىٰ كلِّ واحد منهم، فنقول: هٰذِه شبهة أعرض الشرعُ عنها، حيث حكم بوجوبِ القصاصِ عن كل واحد منهم، وإذا أعرضنا عنها في حقِّ وجوب القصاص، فالإعراضُ عنها في طرف الاستيفاءِ أولىٰ؛ لأنَّ جعله مستوفيًا حقه مع الشبهة أولىٰ من إيجابِ القصاص مع الشبهة.

قال: (ولا يُقتص من شريكِ الأبِ والصبي والمجنون كالخاطئ).

رجلان اشتركا في قتلِ رجلٍ عمدًا وأحدهما أبوه أو مجنونٌ أو صبيٌّ أو مولاه، والآخر أجنبيٌّ عاقل بالغ فلا قصاص عليه[1].

وقال الشافعيُّ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: على الأجنبيّ العاقل البالغِ القصاص؛ لأنَّه شارك في قتل محقون الدم على التأبيد عمدًا فيلزمهُ موجبها؛ لأنَّ الموجودَ في المحلِّ هو القتلُ الموصوف بهٰذِه الصفةِ وهو موجودٌ منهما، فكان فعل كل منهما بعض العلة، فيجب القصاص على الشريك؛ لقيامِ الموجبِ وارتفاعِ المانعِ[3]، وإن لم يجبْ على الآخرِ لقيامِ المانعِ.

ولنا: أن الموجودَ منهما قتل واحد، وأنَّه لا يوجب القصاص علىٰ أحدهما، فلا يوجبه على الآخرِ؛ لعدمِ التجزؤ، ولاستحالةِ كون الشيءِ الواحدِ في المحلِ الواحدِ موجبًا للقصاص (وغير موجب له)[4] وصار

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ٩٣-٩٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤١، و«الاختيار» ٥/ ٤٨١.

(٢) «الأم» ٦/ ٣٩، و«المهذب» ٢/ ١٧٥، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٩، و«تكملة المجموع» ٢٠/ ٣١.

(٣) في (ب): (الموانع).

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

كما لو كانَ أحدهما عامدًا والآخرُ مخطئًا، وقد نبه في «المختصر» علىٰ أنه موضع الإجماعِ بجعله مقيسًا (عليه، وهٰذِه)[١] من الزوائد.

قال: (ولو قطعا يده نمنعه من القصاصِ، ويجبُ عليهما نصف الدية).

إذا ٱشتركا في قطع يدِ رجلٍ بأن أخذا سكينًا (وأمَرَّاه)[٢] علىٰ يدهِ حتى ٱنقطعت تقطع يداهما عند الشافعي[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ ٱعتبارًا بالأنفسِ، إذ الأطرافُ تابعةٌ للنفوسِ فتأخذُ حكمَها، والجامع تحصيل مصلحة الزجرِ عن ٱقترافِ هٰذِه الجنايةِ على المحلِّ المعصومِ.

وعندنا[٤]: لا يجب القصاصُ وعليهما نصف الدية؛ لأنَّ كلًا منهما قاطعٌ بعض يدِه؛ لأنَّ المحلَّ قابلٌ للتجزؤ، والقطع حصل بفعلهما /١٩٢أ/ فيضاف إلىٰ كل منهما بعضه ولا تماثل فلا قصاصَ بخلافِ النفسِ؛ لأنَّ الجنايةَ عليها بالإزهاقِ، لا تتجزأ)[٥] فينزل كل منَ الشريكين منزلةَ المنفردِ بالإزهاقِ، وإنَّما تجب نصفُ الديةِ؛ لأنَّ الواجبَ دية اليد الواحدةِ، وهما قطعاه.

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٢) في (ب): (وأجرياه).

(٣) «الأم» ٦/ ٥٢، و«المهذب» ٢/ ١٨١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٥٧، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٧٢-٧٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٥١، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣٧-١٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥١٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٣-٤٨٥.

(٥) في (ب): (وهو لا يتجزأ).

قال: (ولو قطع يمينيّ اثنين قطعا يمنه، واقتسما نصف الدية، ولم نوجب الدية للثاني والقطع للأولِ).

رجلٌ قطع يمينيٍّ رجلين معًا، أو على التعاقب، فلهما أن يقطعا يمينه ويأخذا منه نصف الدية، يقتسمانه نصفين[1].

وقال الشافعيُّ رحمه الله[2]: إنْ حصلَ القطعُ على التعاقبِ قطع للأولِ منهما وتعين المالُ للثاني، وإن حصلَ منهما معًا أقرع بينهما فقطع لمن خرجت قرعته، وكان المال للآخر؛ لأنَّ الأول استحقَّ يده، فلا يثبت استحقاق الثاني لها كالرهنِ بعد الرهنِ. وفي القرآن اليد الواحدة لا تفي بالحقَّين جميعًا فرجَّحنَا بالقرعة.

ولنا: أنهما استويا في سببِ الاستحقاقِ، فيستويان في الحكم كالغريمين في تركة الميت؛ ولأنَّ حقَّه في يده يظهر في حق الفعل لا في غيره، ألا ترىٰ أنَّه لو قطعت يد القاطعِ ظلمًا كانت الدية له، فكان الثابتُ له استيفاء القطع، فظهر الملك في حق الفعلِ، فلم يمتنع انعقاد القطع الثاني سببًا مع وجود الأول، فيقطع لهما وتقسم الدية بينهما؛ لأنَّه أوفىٰ ببعض طرفه حقًّا مستحقًّا عليه، فصار كالسالم له، فتجب عليه الدية، أما في القتل فإذا سلَّم نفسه إليهما فقتلاه صارَ كلُّ واحدٍ مستوفيًا حقّه على الكمال، وهٰذا بخلاف الرهن؛ لأنَّ الحقَّ متعلقٌ بالمحل، فصار كما لو قطعَ العبدُ يمينهما على التعاقبِ فإنَّ حقَّهما يتعلق برقبته.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٥١، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥.

(٢) «الأم» ٦/ ٢٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٨.

قال: (فإن ٱقتصَّ أحدهما وحضر الآخر أخذ المال).

إذا حضر أحدُهما وغاب الآخر كان لهٰذا الحاضر أن يستوفي ولا ينتظر الغائبَ؛ لأنَّ حقَّ كل واحد منهما في كل اليد، واستيفاء البعضِ لمكان المزاحمة، فإذا كان غائبًا ٱستوفى الحاضرُ كأحد الشفيعين إذا حضر (قُضي له)[١] بالجميع، وللآخر إذا حضر دية يده؛ لأنَّه أوفىٰ بذلك حقًّا مستحقًّا عليه، وهٰذا بخلاف القصاص في النفس إذا حضر أحدُهما وقتله لم يجب للآخر شيء؛ لأنَّ فوات (حقّه في الٱستيفاءِ كان (لغيبة لا تتصور)[٢] في المحلِّ، فإنهما إذا ٱجتمعَا واستوفيَا صار كل منهما مستوفيًا)[٣] حقه على الكمال، فلا تجب معه الدية[٤].

قال: (ولو قضىٰ بهما فعفا أحدهما قبل الٱستيفاءِ، أوجبَ للعافي نصف الدية، وللآخرِ كلها، وقالا: له القصاص).

رجلٌ قطع يمينيّ رجلين فقضى القاضي بقطع يمينِه قصاصًا، وبأرش يد يقتسمانه بينهما، ثم عفا أحدهما، فللآخرِ أنْ يقتصَ عند أبي حنيفة[٥] وأبي يوسف[٥].

---

(١) في (ب): (له الأخذ).

(٢) في الأصل: كان لغيبته لا لقصور، والمثبت من (ب).

(٣) سقط من (ج).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٥١، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣٩-١٤٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٣-٥١٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥.

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٣-٥١٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥.

وقال محمد[١] رحمهم الله: للآخرِ عليه أرش اليدِ دونَ قصاصها؛ لأنَّ القصاصَ والأرش مشترك بينهما بالقضاءِ، ومن ضرورته بطلان حق كلٍّ منهما في كل القصاصِ، كالقضاء بالشفعةِ للشفيعين إذا سلَّم أحدهما بعد القضاءِ لا يأخذُ الآخرُ إلَّا نصفها، فكذَا هٰهنا يسقطُ حقُّ كلٍّ منهما في نصف القصاصِ، فإذا عفا أحدُهما ٱنقلبَ نصيب الآخرِ مالًا، فيستوفي أرش اليد، كاملا (والعافي)[٢] يستوفي نصف الأرش الذي كان قد قضى القاضي بينهما، ولهما أنَّ الإمضاء من القضاءِ في بابِ العقوباتِ -لما يأتيكَ في الحدودِ إن شاءَ اللهُ تعالىٰ- فكانَ العفو قبلَ (الإمضاءِ كالعفوِ قبلَ القضاءِ، ولو كانَ العفو قبلَ)[٣] القضاءِ فللآخرِ القصاصُ، فكذا هنا بخلافِ الشفعة؛ لاختلافِ حالِ التسليم بعد القضاء وقبله[٤].

تفريع: ولو قضَى القاضي بالدية، وقبضاها ثمَّ عفا أحدهما لم يكن للآخرِ القصاص؛ لأنَّهما بقبض الدية ملكاها، ومن ضرورته أن لا يبقى الحقُّ في كل اليدِ، فلا يثبت له ٱستيفاءُ كل اليد بعد عفو الآخر، وكذلك لو أخذا بالدية رهنًا؛ لأنَّ الثابتَ في بابِ الرهنِ يد الٱستيفاءِ، فصار قبضُ الرهنِ كقبضِ الدية، ولو أخذا بالدية كفيلًا ثم عفا أحدهما فللآخرِ القصاصُ؛ لأنَّ الكفالة توثق وليس فيه معنى الٱستيفاء، فبقي الحكم في الكفالةِ علىٰ ما كان من قبلِ[٥].

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ١٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٣-٥١٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥.

(٢) في (ج): (والثاني).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٥١، و«المبسوط» ٢٦/ ١٤١.

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١٤٣.

قال: (ولا يجري القصاصُ في الأطرافِ بين العبيدِ، ولا بينَ الرجلِ والمرأةِ، ونجريه[١] بينَ المسلم والذميّ).

الأصل في هٰذا أن التساويَ في الأرشِ شرطُ جريانِ القصاص فيما دونَ النفس، وعند الشافعي[٢] رحمه الله (ليس بشرطٍ؛ لأنَّ الأطراف تابعة للأنفس، ففي)[٣] كل موضع جرى القصاص فيه بين الأنفس يجري في الأطراف، (إلّا)[٤] في فصل واحد، وهو أن الصحيح يقتل بالأشل ولا يقطع به؛ لاستوائهما في الروح، واختلافِهما في القطعِ؛ لأنَّ محلَّ القطعِ لا تساوٍ فيه بينهما؛ لأنَّ الشلاء /٩٢ب/ لا معنىٰ لها، ونحن نسلك بالأطرافِ مسلكَ الأموالِ؛ لأنَّ الشرع قومها، فكانت قيمة اليدِ معناها شرعًا، فإنَّ ما لا قيمةَ له كالذي لا معنىٰ له، فصارَ التفاوتُ في المعنى الشرعي كالتفاوتِ في المعنى الحسيّ الذي هو البطشُ، إلّا أنَّ التفاوت في البطش غير مقدر؛ لأنَّه غير معلوم، فاعتبر فيه أصْل السلامةِ وسقط ٱعتبار التفاوتِ.

وأمّا التفاوت من حيثُ القيمةِ فمعلومٌ قطعًا، فيمنع ذلك من ٱستيفاءِ القصاصِ، وهٰذا بخلاف القصاص في النفس؛ لأنَّ التفاوت في النفس لا يمنعُ القصاصَ؛ لأنَّ الدية بدل عن الأجزاءِ، وليست بدلًا عن الروح، والقصاصُ في النفس محله الروح، ولا يُقال: إنَّ التفاوتَ المعنوي مما يمنع ٱستيفاء الأكمل بالأنقص، ولا يمنع ٱستيفاء الأنقص

---

(١) في (ب): (ونجيزه).

(٢) «الأم» ٦/٥٣، و«المهذب» ٢/١٨٢، و«روضة الطالبين» ٧/٦٥، و«تكملة المجموع» ٢٠/٦٦.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) في (ب): (لا).

بالأكملِ، فإنَّ الأشلَّ يقطع بالصحيحِ إذا رضيَ صاحبُ الحقِّ، وههنا لا تقطع يدُ الأنثىٰ بالذكر، ولا يد العبد بالحرِّ وإن رضيَ من له الحقُّ بهٰذا النقصان؛ لأنَّا نقول: شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان أصليًّا منع شرعية القصاص، وإن كان عارضيا مع المساواةِ الأصليةِ شرع القصاص؛ نظرًا إلى المساواة الأصليةِ، ولم يمنع ٱستيفاء الأنقص بالأكملِ عند الرضا، وههنا التفاوتُ بين الذكرِ والأنثىٰ ثابتٌ بأصلِ التخليق، فمنع شرعية القصاصِ. إذا ثبت ذلك قلنا: لا يجري القصاص في الأطراف بين الرجل والمرأة، ولا بين الحرِّ والعبدِ؛ لاختلافِهما في القيمةِ وهي الديةُ، ولا بينَ العبيدِ؛ لأنَّه إن تفاوتت قيمتهم فظاهر، وإنْ تساوت فالتساوي مبنيٌّ على الظنِّ والتخمينِ، فلم يثبتْ به القصاصُ، ونصَّ محمدٌ[1] ﷺ علىٰ جريان القصاصِ بين الرجلِ والمرأةِ في الشجاج التي تجري فيه القصاصُ لعدمِ ٱشتمالها علىٰ تفويت منفعةٍ، وإنَّما فيها إلحاق الشين، وهما يستويان فيه، وأمَّا في الطرف ففيه تفويت المنفعة، وقدْ ٱخْتلفَا فيها، ويجري بين المسلمِ والذميّ في الطرف؛ لاستوائِهما في الدية[2].

قال: (ومن قطع يدَ غيرِهِ من المفصلِ قطعت يده).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ﴾ [المائدة: ٤٥] وأنَّه ينبئ عن المماثلة، فأيما أمكن رعاية المماثلة وجب فيه القصاصُ، وإلَّا فلا، وقد أمكنَ في القطعِ من المفصلِ ولا يعتبرُ كبر اليد وصغرها، فإنَّ المنفعةَ الفائتةَ

---

(١) «الاختيار» ٥/ ٤٨٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣١، و«الكتاب» ٣/ ١٤٧-١٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٤.

بالقطع وهي البطشُ لا تتفاوت[١].

قال: (أو من نصف الساعدِ أو جرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص).

لأنَّه لا يمكن فيهما رعاية المماثلة، أما الأول؛ فلأنه كسر العظم، ولا ضابط فيه والبرء في الثاني نادرٌ، فيفضي إلى الهلاك ظاهرًا[٢].

قال: (ولو كانت يدُ القاطعِ شلاء أو ناقصةَ الأصابعِ قطعها إن شاء، وإلا أخذَ الأرش كاملًا).

رجل قطع يد رجلٍ عمدًا ويد المقطوعِ صحيحةٌ ويد القاطعِ شلاء، أو ناقصةُ الأصابعِ، فالمقطوع يده مخيَّر، إن شاء قطع يده ولا شيء له غير ذلك، وإن شاءَ أخذَ أرشَ يده كاملًا؛ لأنَّه تعذَّر[٣] ٱستيفاء حقه كملا، فيخير بين أن يتجوز بدون حقه، أو يعدل إلى العوض، كما إذا ٱنقطع المثلي عن أيدي الناسِ بعد الإتلافِ، وإذا ٱستوفاها ناقصة فقد رضيَ به، فيسقطُ حقّه، كما إذا رضيَ بالرديء عوض الجيّد، ولو قطعت يده ظلمًا سقطَ القصاصُ ولا شيءَ (له)[٤] عليه؛ لأنَّ الحقَّ متعين في القصاصِ، والعدولُ إلى المال باختيارِه فيسقط بفواتِ محلّه، ولو قطعت في حقٍّ عليه لقصاصٍ أو سرقةٍ وجب عليه الأرش؛ لأنَّه أوفىٰ به حقًّا

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٦، و«الكتاب» ٣/ ١٤٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٦، و«الكتاب» ٣/ ١٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١٣٩، و«الهداية» ٤/ ٥١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٤.

(٣) في (ب): (يعدل).

(٤) من (ج).

مستحقًّا عليه فصارت يده سالمة له معنىٰ[١].

قال: (ويقتص في المارن[٢] والأذنِ والسنِّ والشجةِ التي يمكن المماثلة فيها).

أمَّا المارن والأذن فلإمكانِ رعاية المماثلةِ فيهما، (وأمَّا السِّن؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ [المائدة: ٤٥])[٣]، ولا ٱعتبارَ بتفاوتِ مقدارهما؛ لاتحاد المنفعة بهما.

وعن عمر وابن مسعودٍ رحمهما الله: لا قصاص من[٤] عظم إلَّا السن[٥]، وقوله ﷺ: «**لا قصاصَ في عظمٍ**»[٦]، فالمرادُ به ما عدا السن؛ لأنَّ ٱعتبارَ المماثلة في غير السنِّ متعذر؛ لاحتمالِ الزيادة والنقصان، بخلافِ السنِّ فإنه يبرد بالمبردِ، وإن قلع من أصله أمكن قلع الآخر فيتماثلان، وأما الشجَّة التي يمكن فيها رعاية المماثلة؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[٧] [المائدة: ٤٥].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٧، و«الكتاب» ٣/ ١٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ٦١، ١٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥-٤٨٦.

(٢) المارن: الأنف، أو طرفه، أو ما لان منه.
ٱنظر: «القاموس المحيط» مادة: مرن.

(٣) في (ج): (وأما النفس فلقوله تعالىٰ: ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥].

(٤) في (ب): (في).

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٦٩: لم أجده.

(٦) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٦٩: لم أجده، وعزاه بنحوه لابن أبي شيبة عن ابن عباس، وعمر، وضعف إسنادهما. ٱنظر «المصنف» ٥/ ٣٩٤.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٧، و«الكتاب» ٣/ ١٤٦-١٤٧، و«الهداية» ٤/ ٥٠٩-٥١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٤-٤٨٥.

قال: (وإنْ كانَ رأسُ الشاجِّ أكبرَ فإنْ شاء المشجوج أخذ بقدر شجته، وإلَّا أخذ أرشها).

إذا شجَّ الرجل رجلا فاستوعبَ الشجة ما بين قرنيهِ، (وهي لا تستوعبُ ما بينَ قرنيّ الشاجِّ لكبرِ رأسِه، يخيَّرُ المشجوج بين أن يأخذَ من رأسِه بقدر شجته، وبين أنْ يتركَ ذلك ويأخذَ أرشها؛ لأنَّه لو أخذ ما بينَ قرني الشاجِّ مع كبر رأسِه يزداد شين الشاجِّ بطولها، وليسَ له ذلكَ، فلا يلحقه الشين باستيفاءِ قدر شجته /١٩٣أ/ ما يلحقُ المشجوج من الشين باستيعاب ما بين قرنيه، فيتخيَّر كما قلنا في اليد الشلاء والصحيحة.

أما إذَا كان رأسُ الشاجِّ أصغر فقد تعذَّر ٱستيفاء حقه كاملًا؛ لأنَّه إنْ أخذَ بقدرِ شجته مساحة (يتعدىٰ)[1] إلىٰ غير حقِّه؛ لأنَّه إذا شجَّ ما بين قرنيه وما بين قرني الشاج أقلُّ مساحة فإن ٱستوفىٰ مقدار شجته، وهو إنَّما يستحق ما بين قرنيه)[2]، فقد تعدىٰ إلىٰ غير حقِّه)[3] ضرورةً، فيتخيَّر بين أن يرضىٰ بدون حقه، وبين أخذِ الأرشِ كملًا[4].

قال: (ولا قصاصَ في اللسانِ والذَّكر إلَّا أن يقطع الحشفة).

(لأنَّهما مما ينقبض وينبسط فيمتنع رعاية المماثلة فيسقط القصاص إلَّا أنْ يقطعَ الحشفة)[2][5]، فيصير موضع القطعِ معلومًا، كالمفصل في

---

(١) من (جـ). (٢) ساقطة من (ب). (٣) في (ب): (حقه).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٦-٢٤٧، و«الكتاب» ٣/ ١٤٨-١٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٤٥-١٤٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥١١، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٦.

(٥) الحشفة هي رأس الذكر ما فوق الختان. «الصحاح» ٢٣٧ مادة حشف، و«المصباح المنير» ٨٥ مادة حشف.

قطع اليدِ[١].

وعن أبي يوسف[٢] رحمه الله أنه إذا قطعَ من أصله يجب القصاص لإمكانِ رعاية المماثلة.

قلنا: ذلك ممنوع على تقدير الانقباض والانبساط، ولو قطع بعض اللسان أو بعض الذكر فلا قصاص لعدم معرفة مقدار المقطوع بخلاف الأذن، لو قطع بعضها أو كلها؛ لعدم الانقباض والانبساط، وله حد يعرف به مقدار المقطوع فيمكن رعاية المماثلة، والشفة إن قطعت من أصلِها ففيه القصاصُ؛ لإمكَانِ المماثلةِ، بخلافِ بعضها لعدم الإمكانِ.

قال: (ولو ضرب عينه فقلعها فلا قصاص، فإن ذهب ضوؤها وهي قائمةٌ جعل على عينِه قطن رطب وقوبل بمرآة محماة).

أما الأول؛ فلأنَّه يمتنع رعاية المماثلة في القلع، وأمَّا الثاني؛ فلأنَّها إذا كانت قائمةً والضوء معدوم (فإنَّ مثلَ ذلك سبيلٌ بما)[٣] ذكره (في الكتاب)[٤]، وهو مأثورٌ عن جماعةٍ من الصحابة رضي الله عنهم[٥].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، ٢٤٦، و«الكتاب» ٣/ ١٤٩، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٦-٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥١١، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٤.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥١١.

(٣) في (ب): (فإن ذلك سبيل ما).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٤٦، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٥.

فصل

قال: (ولو قتل عبدٌ ٱثنين قريبهما أو مولاه وله ابنان، فعفىٰ أحدهما لا يجبُ شيء، ويخيَّر العافي في دفع نصف نصيبه، أو فدائه بربع الدية).

عبد قتل قريبًا لمواليه، أو قتلَ مولاه وله ابنان، فعفَا أحد المولِيين أو الأبنيين عنه، قال أبو حنيفة[١] ومحمدٌ[١] رحمهما الله: لا يجبُ على العافي شيء.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: يقال له: إمَّا أن تدفع إلىٰ شريكك نصف نصيبك، وإمَّا أن تفديه بربع الدية؛ لأنَّه بالعفو صار نصيب الآخر مالا مقدرًا بنصف دية المقتول، فصار نصف ذلك المال في نصيبه منه، ونصفه في نصيبِ العافي، فسقط ما أصابَ نصيب منْ لم يعفُ، وهو ربعُ الدية؛ لأنّ المولىٰ لا يستوجب علىٰ عبدِه دية[٢] وبقي واجبًا ما أصابَ نصف نصيب العافي وهو ربع ديةِ المقتولِ، فيخيَّر العافي إنْ شاءَ ملكه نصف نصيبه، وإن شاءَ فداه بربع الديةِ، وهٰذا ظاهرٌ.

وقد نقل هٰذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيهِ رحمهم الله، والمحققون علىٰ أنَّ المنقولَ عن أبي يوسف رحمهُ اللهُ هو الأصحُّ في الفصل الأول، وما نقِل عنهما هو الأصحُّ في الفصل الثاني؛ لأنَّ القصاصَ يجبُ للقتيلِ أولًا ثم ينتقل إلى الوارثِ، ألا ترىٰ أنه يقضي منه ديونه حيثُ وجب، والمولىٰ لا يستوجب علىٰ عبدِه دينًا، فلم يجب شيءٌ، وأمَّا في الفصل

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٥، و«الهداية» ٤/ ٥٥٦-٥٥٧، و«درر الحكام» ٢/ ١١٦.

(٢) في (ب): (دينًا).

الأولِ فالمالُ الواجبُ في المقتول بانقلابِ نصيب غير العافي مالًا بسبب العفو واجب للمقتول؛ لأنَّ العبدَ ليسَ مملوكًا له إنَّما هو مملوك (لوليه)[(١)]، وجاز أنْ يثبتَ للمقتولِ دين علىٰ عبدِ (وليه)[(١)] فيجب، ثم إذا ٱنتقلَ إلى الوارثِ سقط ما أصابَ نصيب من لم يعفُ، وبقي ما أصابَ نصيب العافي[(٢)].

قال: (أو أحد مستحقي دم ولم يعلم الآخر فقتله أوجبنا ديته في ماله لا القصاص).

رجل قتلَ رجلًا عمدًا وللقتيلِ وليَّان فعفىٰ أحدهما عنهُ، ولم يعلم الآخرُ بالعفو حتىٰ أدركهُ فقتله علىٰ وجهِ القصاصِ، فلوليّ هٰذا المطالبةُ بالديةِ في مال الولي[(٣)] القاتل[(٤)].

وقال زفر رحمه الله[(٥)]: له أنْ يقتصَّ منه؛ لأنَّه أراقَ دمًا معصومًا بالحديدِ عدوانًا.

ولنَا: أنَّه قتله مستوفيًا لحقه في زعمه، فأورثَ شبهة دارئة للقصاصِ، فوجبت الديةُ في مالِهِ؛ لأنَّ العاقلة لا تعقل العمد[(٥)].

قال: (ولو جرح عبدٌ ففداه مولاهُ ثم مات؛ يحكمُ عليه بالديةِ وخيّراه ثانيًا).

إذا جرح عبدٌ موضحة فخيّر مولاه بين الدفعِ والفداءِ، (فاختارَ الفداءَ)[(٦)]، ثم سرت الموضحة إلى النفسِ.

---

(١) في (ب): (لوليه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٥، و«الهداية» ٤/ ٥٥٦-٥٥٧.

(٣) في (ب): (المولىٰ). (٤) في (ج): (القتيل).

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١٦٣، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٥.

(٦) ساقطة من (ب).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: لا نخيِّر المولىٰ ثانيًا، بل يؤدي الدية؛ لأنَّه قد ٱختار الفداءَ في هٰذِه الجنايةِ مرة، فلا يخيَّر (المولىٰ)[٢] فيها أخرىٰ.

وقالا[٣]: يخيَّر فإمَّا أن يدفعه ويسترد أرشَ الموضحةِ، وإمَّا أن يؤدي إليه الديةَ؛ لأنَّه (قد)[٤] ٱختار أرشَ الموضحةِ علىٰ دفع العبدِ، ولا يلزم منهُ أنْ يكونَ مختارًا للفداءِ الذي هو الدية علىٰ دفعِ العبدِ، فيتخير بين الدفعِ والفداءِ بالديةِ.

قال: (ولو أعتقه في مرضه فقتله خطأ وسعىٰ في قيمتِهِ فعليه السعاية ثانية للوارثِ، وقالا: الديةُ علىٰ عاقلتِه).

إذا أعتق الرجلُ عبدَه في مرضِ موتِه /٩٣ب/ ثم قتل هٰذا العبد مولاه خطأ، ولزمه أن يسعىٰ في قيمته؛ لانتقاض العتق معنًى؛ لأنَّ العتقَ في مرضِ الموتِ وصية، ولا وصية للقاتلِ، فإنَّه يسعىٰ عند أبي حنيفة[٥] رَحِمَهُ اللَّهُ في قيمته سعاية أخرىٰ للوارث لمكان الجنايةِ إذا كانت قيمته أقل من الدية.

وقالا[٥]: علىٰ عاقلتِه الدية؛ لأنَّه عندهما كالحرِّ المديونِ، وعنده المستسعىٰ كالمكاتبِ، فيكون حكمُه حكمَه، والمكاتبُ إذا قتلَ أنسانًا خطأً يلزمه الأقل من قيمته ومن دية المقتولِ، وهٰذِه من فروع تجزيء الإعتاقِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٥.

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٦.

(٤) من (ب).

(٥) «المبسوط» ٢٧/ ٩١، «مختلف الرواية» ٤/ ١٩٠٩.

قال: (ولو ترك مدبرًا فقتلَ خطأً وهو يسعىٰ للوارثِ فعليه قميته لوليِّهِ، وقالا: ديته علىٰ عاقلتهِ).

رجل ماتَ وتركَ عبدًا مدبرًا، ولم يترك شيئًا غيره، فاستسعاه وارثه، فقتل المدبرُ إنسانًا خطأً قبل الفراغِ من السعايةِ.

قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ اللهُ: عليه أن يؤديَ قيمة نفسه لولي القتيل؛ لأنَّه بمنزلة المكاتبِ عنده.

وقالا[١]: علىٰ عاقلته دية القتيل؛ لأنَّه حرٌّ مديون عندهما.

قال: (ولو أعتقه بين الرمي والوصول، فعلى الرامي قيمته، وقالا: فضل ما بين قيمته مرميًّا وغير مرميٍّ).

رجل رمىٰ سهمًا إلىٰ عبد غيره فأعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهمِ إليه، ثم أصابَه السهم فمات، فعلى الرامي قيمةُ العبدِ لمولاه عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[٢].

وقالا[٢]: لا يجبُ تمام قيمته، بل يجب عليه فضل ما بين قيمته مرميًّا وغير مرميٍّ، حتىٰ لو كانت قيمته مائة درهم، وبالرميِّ قبل الوصول صارت قيمته عشرة، يضمن تسعين درهمًا، وهي ما أتلفه بواسطة رميه دون العشرة؛ لأنَّ المولىٰ أبطل حقَّه فيها بواسطة إعتاقِه.

وقول أبي يوسف[٢] مع محمد[٢] -رحمهما الله- فيما رواهُ في «المنظومة»[٣].

---

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٩٠٩.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١١، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨.

(٣) المنظومة لوحة (٤٦).

وقال صاحب «الهداية»[(١)]: هو مع أبي حنيفة رحمه الله[(٢)].

لهما: أنَّه جنىٰ علىٰ عبدِ غيره، بما أوجب إشرافه على الهلاكِ، فلمَّا أعتقه قبل الوصول إليه فقد أبطل حقَّه فيه عند الوصول، فقد وجد الرمي والعبدُ ملكه والوصولُ ولا حقَّ له فيه، فيضمنُ فضل ما بين قيمته مرميًّا وغير مرميٍّ، وصار كما لو جرحه أنسانٌ فأعتقه مولاه ثم مات من الجراحة، فإن السراية تنقطعُ بعتقِه، فلا تجب ديته ولا تمامُ قيمته، وإنَّما يلزمه النقصان، وكان القياس يقتضي وجوب القصاص لكن سقطَ للشبهةِ، فإنَّه يجب للمولَىٰ لو ٱعتبر الرمي وللعبدِ، ثم ينتقلُ إلىٰ وارثِه لو ٱعتبر الوصول فأورث شبهة دارئة للقصاص. وله أن الإنسانَ إنما يؤاخذُ بفعلِه وفعلُه الرميُّ فيعد قاتِلا لعبده منذ رماهُ؛ ولهٰذا لو كان الرميُّ خطأً فكفر قبل الوصولِ صحَّ، أو كان مسلمًا رمىٰ صيدًا ثم ٱرتدَّ قبل الوصولِ ثم جرحه فمات حل أكله، أو كان مجوسيًّا فأسلم بعد الرميّ قبل الوصولِ حرُمَ، وهو حين الرميِّ عبد، فتجبُ قيمتُه لمولاهُ، وهٰذا بخلافِ الجرحِ؛ لأنَّه إتلافُ بعض المحلِّ، وأنَّه يوجب الضمانَ للمولىٰ، وبالسراية بعد العتقِ لو وجب شيء يكون الواجبُ غيرَ ما وجبَ بالجرح، فتخالف النهاية البداية، أمَّا الرمي قبل الإصابةِ فليس بإتلافِ شيء منه؛ لعدمِ أثر في المحلِّ، وإنَّما قلت به الرغبةُ فيه، فلا يجبُ به ضمانٌ، فلا تخالف النهايةُ البدايةَ، فتجب قيمته للمولىٰ.

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥٢٠.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١١، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨.

قال: (ولو ٱرتد ما بينهما فعليه ديته وأهدراه).

إذا رمىٰ مسلمًا فارتد بعد الرمي قبل الوصولِ فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(١)].

وقالا[(١)] رحِمهمَا اللهُ: لا شيءَ عليهِ؛ لأنَّه بالردَّةِ أسقط تقوم نفسِه، فيكونُ مبرئًا للرامي عن هٰذِه الجنايةِ، كما لو أبرأه صريحًا، وكما لو أبرَأهُ بعد الجرحِ قبلَ الموتِ.

وله: أنَّ الضمانَ واجبٌ بفعلِه وهو الرمي؛ لأنَّه لا فعلَ له بعدَ ذلك، فيعتبر حال (الرمي)[(٢)] وهو فيها مسلمٌ متقومٌ، فتجب ديته لسقوط القصاص للشبهة كما مرَّ.

قال: (ولو أسلمَ ما بينهُمَا فلا شيء عليه).

ولو كانَ المرميُّ إليهِ مرتدًا، فأسلمَ بعد الرمي قبل الوصولِ فلا شيءَ على الرامي في قولِهِم جميعًا، وكذا لو رمىٰ حربيًّا فأسلم؛ لأنَّ المحلَّ (حين)[(٣)] الرمي غير متقومٍ، فلم ينعقدِ الرمي موجبًا للضمانِ، فلا ينقلبُ موجبًا له؛ لصيرورته متقدمًا بعد ذلك[(٤)].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥، و«مختلف الرواية» ٤/١٩١١، المنظومة لوحة (٤٦)، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٦٧.

(٢) في (ج): (الرامي).

(٣) في (ب): (عند).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥، و«تكملة فتح القدير» ١٠/٢٦٨.

قال: (ولو ٱرتد بعد أن قطعت يده عمدًا ثم أسلم ثم ماتَ منه أوجبَ أرشها، وهما ديتَه).

إذا قطع رجل يد (رجل)[١] مسلمٍ عمدًا ثم ٱرتدَّ -والعياذ بالله- ثم أسلمَ ثم مات من ذلكَ القطعِ. قال أبو حنيفةَ[٢] وأبو يوسف[٢] رحمهما الله: علىٰ عاقلَةِ القاطعِ دية نفسهِ كاملةً.

وقال محمد ﷺ[٢]: يجب أرش اليد لا غير؛ لأنَّه بالردةِ أبرأ القاطع عمَّا سيحدث من جنايته؛ لأنّ القطع ٱنعقد موجبًا للضمان، وبالردةِ خرج المحلُّ عن كون السرايةِ موجبة للضمان؛ لفوات العصمة بالكفرِ، فنزل بمنزلةِ الإبراءِ عن السرايةِ؛ فسقطَ ضمان السرايةِ، وبقيَ ضمانُ القطعِ.

ولهما: أنَّ الجنايةَ وجدتْ في محلٍّ معصومٍ وتمت في محلٍّ معصومٍ، فيثبت موجبها، كما لو لم يرتد؛ لأنَّ الإسلام جعل الردة كأن لم تكنْ في حقِّ أحكام الدنيا والآخرةِ، وقضيته أن يجب القصاص إلَّا أنَّ تخلل الردةِ أورث شبهةً دارئةً للقصاص.

قال: (ولو شهدوا بقتلٍ عمدٍ ثم رجعوا مع الولي لم يقتص منهم، ويلزم الولي بالديةِ من شاءَ، والضامنُ لا يرجعُ علىٰ غيرهِ، وقالا: يرجع /١٩٤أ/ الشهود على الولي).

إذا شهدَ الشهودُ بقتلٍ عمدٍ فاستوفى الولي القصاصَ من المشهودِ عليهِ، ثم رجعوا جميعا وقالوا: تعمدنا الكذبَ. أو جاء المشهودُ بقتلِهِ حيًّا.

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥-٢٣٦، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٠، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ[١]: يقتص منهم؛ لأنهم قاتلوه بغير حقٍّ. أما الولي فمباشرٌ حقيقةً، وأما الشهودُ فمباشروه حكمًا حيث أوجبوا إهدارَ دمه، فكان كالموجودِ منهم حقيقةً.

وعندنا[٢]: تجب الدية ويخيَّر الولي، فإنْ شاءَ طالبَ بها الولي، وإن شاءَ طالبَ بها الشهود؛ لأنَّ معنى القتلِ إن وجد من الشهودِ ولم يوجد منهم صورته فيكون القتل صورة ومعنىٰ زائدًا علىٰ ما وجدَ منهم، فلا يشرعُ، وصورة القتل وإن وجد[٣] من الولي لكن لم توجد منه معنىٰ؛ لأنَّه موجودٌ من الشهودِ فلا يشرع في حقِّه أيضًا، علىٰ أن القاضي أطلق له الفعل بدليلٍ فرض عليه الشرع العمل به، فكان قضاؤهُ صورةً شبهةً دارئةً للقصاصِ؛ لأنَّ الدليلَ وإن تخلف عنه مدلوله مورث شبهة المدلول (به)[٤]، وإذا ٱنتفى القصاص وجبت الدية، ثم عندهما[٥] إذا (شاء ولي)[٦] من قتل قصاصا أن يضمن الشهود فضمنوا رجعوا على الولي بما ضمنوه؛ لأنَّهم ضمنوا بفعلِ الولي؛ إذْ لولا فعله لما ضمنوا شيئًا، فصار كما لو كان خطأ وله في عدم رجوع من ضمن من الفريقين على الآخر مطلقًا أنهم ضامنون بفعلهم، فلا يرجعون علىٰ غريمٍ، بخلاف الخطأ؛ لأنهم لما ضمنوا، صار المال الذي أخذه الولي دية ملكهم، إذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فيثبت لهم المطالبة به[٢].

---

(١) «المهذب» ٢/ ١٧٨، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٥١.

(٢) «الكتاب» ٤/ ٧٥، و«المبسوط» ٢٦/ ١٨١، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨.

(٣) في (ج): (وجدت).

(٤) من (ج).

(٥) عند أبي يوسف ومحمد، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٤.

(٦) في (ب): (تساوىٰ).

قال: (ومن له قصاص في النفسِ إذا قطع اليد ثم عفا فبرئ فعليه أرشها).

رجل له علىٰ آخر قصاصٌ في النفسِ، فقطع يده. عمدًا أو خطأً، ثم عفا عنه، ثم برئ.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: عليه أرشُ يده.

وقالا[١]: لا شيءَ عليه؛ لأنَّه عند القطع كان مالكًا لإهلاك كله، فقد ٱستوفىٰ بعض حقه، وعفا عن الباقي فلا يضمن كما لو ٱستوفىٰ بعض ديته ثم أبرأه عن الباقي.

وله: أن العفو مستند إلىٰ وقتِ القتل فسقط حقه في كل النفس، فيظهر أنه قطع يده بغير حقٍّ، لكن سقط القصاص للشبهةِ؛ لعدم تحقق العفو عند القطع، فيجب أرش اليد.

قال: (أو في الطرف فاستوفاه فسرىٰ فهي علىٰ عاقلته ونفياها).

إذا ٱستوفىٰ قصاص الطرف ممن هو عليه فسرىٰ إلى النفسِ فماتَ ففيه الدية ٱستحسانا، والقياسُ وجوبُ القصاصِ؛ (لأنَّ حقَّه)[٢] في القطع دون القتلِ[٣] وقد قتله عمدًا، لكن لما كان في معنى المخطئ لكونه قاصدًا ٱستيفاء حقه[٤].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥١٧.

(٢) في (ب)، و(ج): (لأبي حنيفة).

(٣) في (ج): (الفعل).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥١٧- ٥١٨.

وقالا[١]: لا شيء فيه[٢]؛ لأنَّه مأذونٌ له في الأستيفاء شرعًا، فلا يكونُ ما حدثَ بعده مضمونًا كالقاضي إذا قطع يد السارق فمات، وكما لو أمرَ غيره بقطع يدهِ فمات.

وله: أنَّه قصد أستيفاءَ القطعِ لا القتل، فوقعَ منه القتلُ خطأ، وفيه الدية على العاقلة؛ وهٰذا لأنَّه فعل ما فعل بنفسه، ولم يكن له القتل، فكان متعديًا فيه فيضمن، بخلاف القاضي والآمر؛ لأنَّ الفاعل فعل بأمر غيرهِ، (فانتقل)[٣] فعله إليه فلم يؤخذ به[١].

قال: (ومن قطع يد غيرهِ (خطأ)[٤] ثم قتله عمدًا قبل البرء أو خطأ بعده، أو قطعها عمدًا ثم قتله خطأ أو عمدًا بعد البرء أخذ بهما، ولو كانا خطأين من غير برء أكتفىٰ بديةٍ، أو عمدين فللوليِّ أستيفاؤهما، وقالا: يُقتل).

هٰذِه ست مسائل: الأربعة الأولىٰ زوائد، وصورتها: رجلٌ قطع يد رجلٍ خطأ، ثم قتله عمدًا قبل البرء.

الثانية: إذا قطع يده خطأ (ثم قتله خطأ)[٥] بعد البرء.

الثالثة: إذا قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بعد البرء[٦].

الرابعة: إذا قطع يده عمدًا ثم قتله عمدًا بعد البرء[٧].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٠، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥١٧-٥١٨.

(٢) في (ج): (عليه).

(٣) في (ج): (فما ينتقل).

(٤) من (ب)، و(ج).

(٥) ساقط من (ج).

(٦) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٣.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥١٤، و«درر الحكام» ٢/ ٩٧-٩٨.

فالحكم في هٰذِه المسائل أن يؤخذ بالأمرين، والأصلُ أنه متىٰ أمكن الجمع بين الجراحات يجمع بينهما؛ لأنَّ القتل غالبًا إنما يقعُ بجراحاتٍ متعاقبةٍ، فلو ٱعتبرت كل جراحة علىٰ حدة أدى ٱعتبارها إلى الجرح، فإذا لم يمكن الجمع بينهما أفردت كل واحدة بحكمها، وقد تعذر الجمع في هٰذِه المسائل، أما الأولىٰ؛ فلتغايرِ الفعلين، وتغايرِ حكمهما، وكذلك الثالثة، أما الثانية والرابعة؛ فلأنَّه لما تخلل البرء بينهما قطع السراية، فتعذر الجمعُ، فلو لم يتخلل البرء بينهما وهي المسألة الخامسة؛ أمكنَ ٱعتبارُ الجمعِ؛ لأنَّهما متجانسان، ولا قاطع للسراية، وأما إذا كانا عمدين قبلَ البرءِ وسكت في المتنِ عن هٰذا القيد؛ لدلالةِ المسألةِ الرابعةِ عليه؛ لأنَّها موضوعة في العمدين بعد البرء، فعند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] للولي ٱستيفاؤهما جميعا.

وقالا[1]: بل (يقتل)[2] لا غير؛ لإمكانِ الجمعِ لتجانسهما وعدم تخلل البرءِ (بينهما)[3]، كما لو كانا خطأين.

وله: أن الجمعَ متعذرٌ؛ لأنَّه جنىٰ عمدًا جنايتين لو ٱنفردت كل واحدة منهما وجب بها القصاصُ، فإذا ٱجتمعَا كان للولي ٱستيفاؤهما ولم تدخل إحداهما في الأخرىٰ، كما لو تخلَّل البرءُ بخلاف الخطأِ؛ لأنَّ الواجبَ فيه بدل النفسِ من غير رعايةِ المساواةِ، فيدخل (بدل الجزء في بدل الكلِّ، أما في العمدِ فالواجبُ /٩٤ب/ ليس ببدل النفس إنما هو جزاء جنايته، وأنَّها ٱثنتان فلا يدخل)[4] جزاء إحداهما في جزاء الأخرىٰ.

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥١٤.

(٢) في (ج): (يقبل).

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) ساقط من (ج).

قال: (وضمان الصبي إذا مات من ضرب أبيه أو وصيه تاديبًا عليهما).

الأبُ إذا ضربَ ابنه تأديبًا له أو وصي الأبِ فماتَ ضمنَا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[(١)].

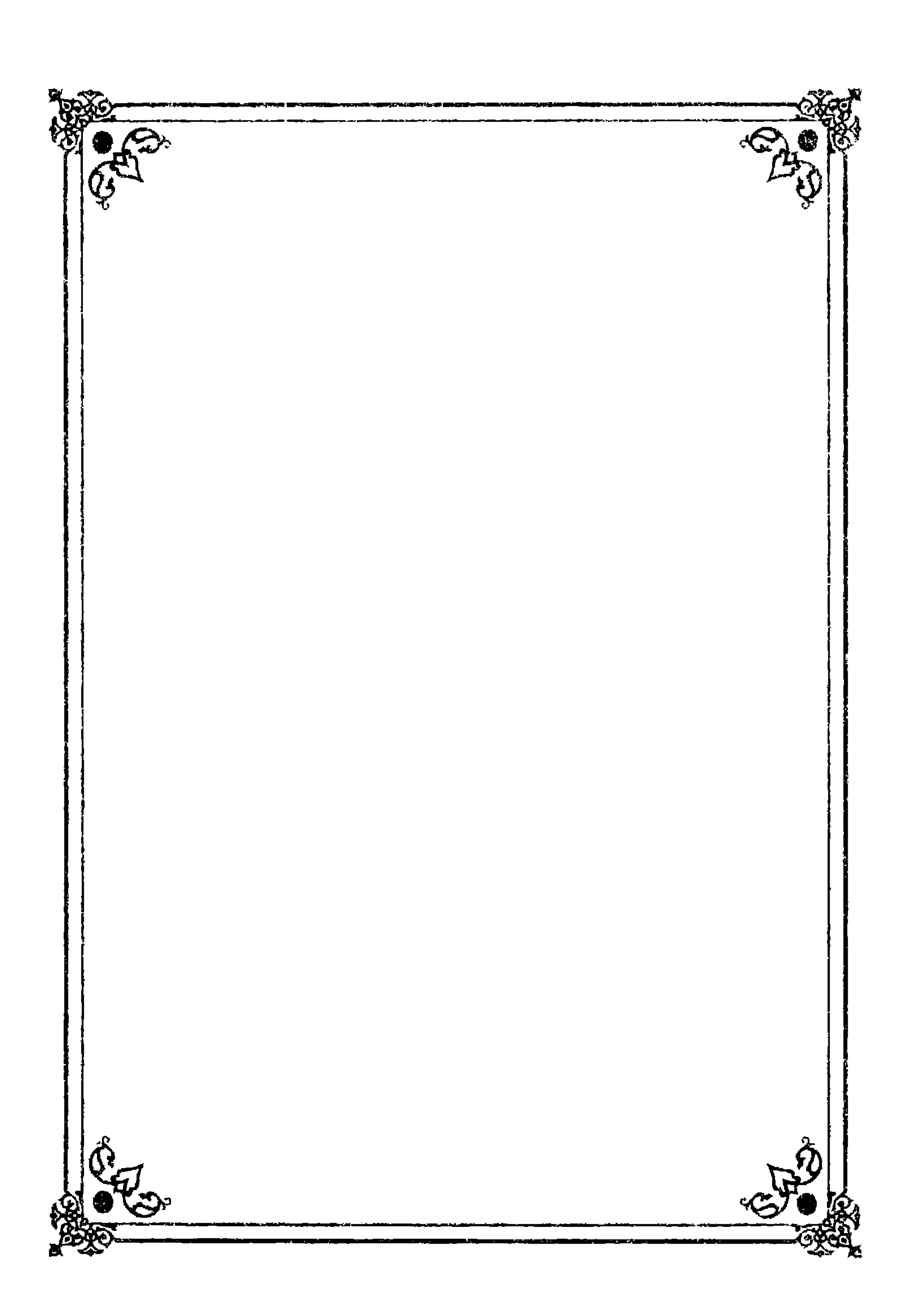
وقالا[(١)]: لا يضمنان؛ لأنَّه لابدَّ من التأديب، ولا يحصل غالبًا إلَّا بالضربِ، فصارَ كالمعلمِ إذا أدَّبه بالضربِ بإذنِ أبيه أو وصي أبيه.

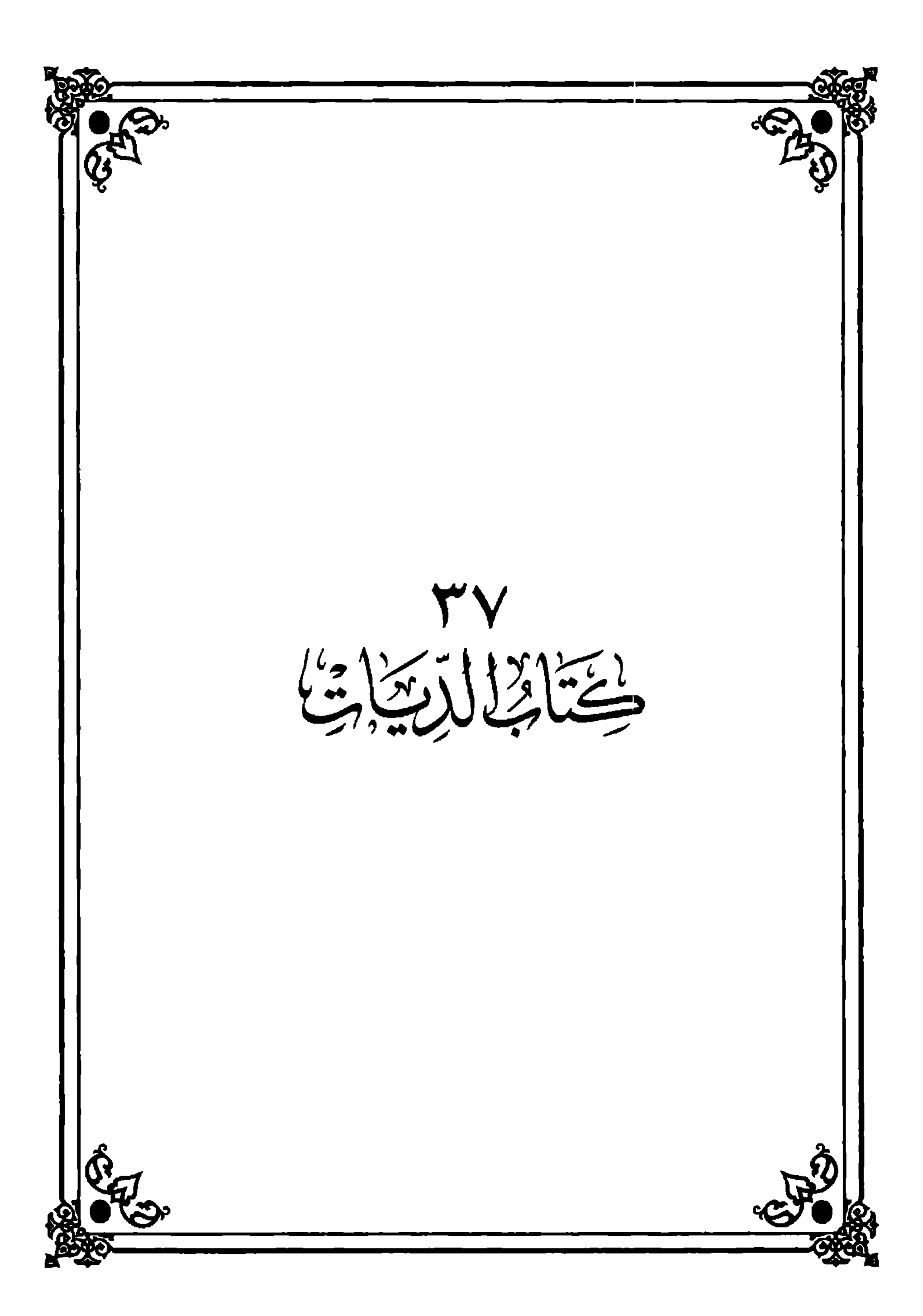
وله: أن التأديبَ يحصل بغير الضربِ بالزجرِ والحبسِ وغير ذلك، فتندفع به الضرورة الماسة إلىٰ تأديبه، ولو كان مضطرًّا إلى الضربِ فيباحُ له، ولكن بشرطِ السلامةِ، وصارَ كالزوجِ إذا ضرب زوجتَه تأديبًا لها، عند جوازِ ذلك فإنَّه يشترط فيه السلامة. (والله المتمم)[(٢)].

---

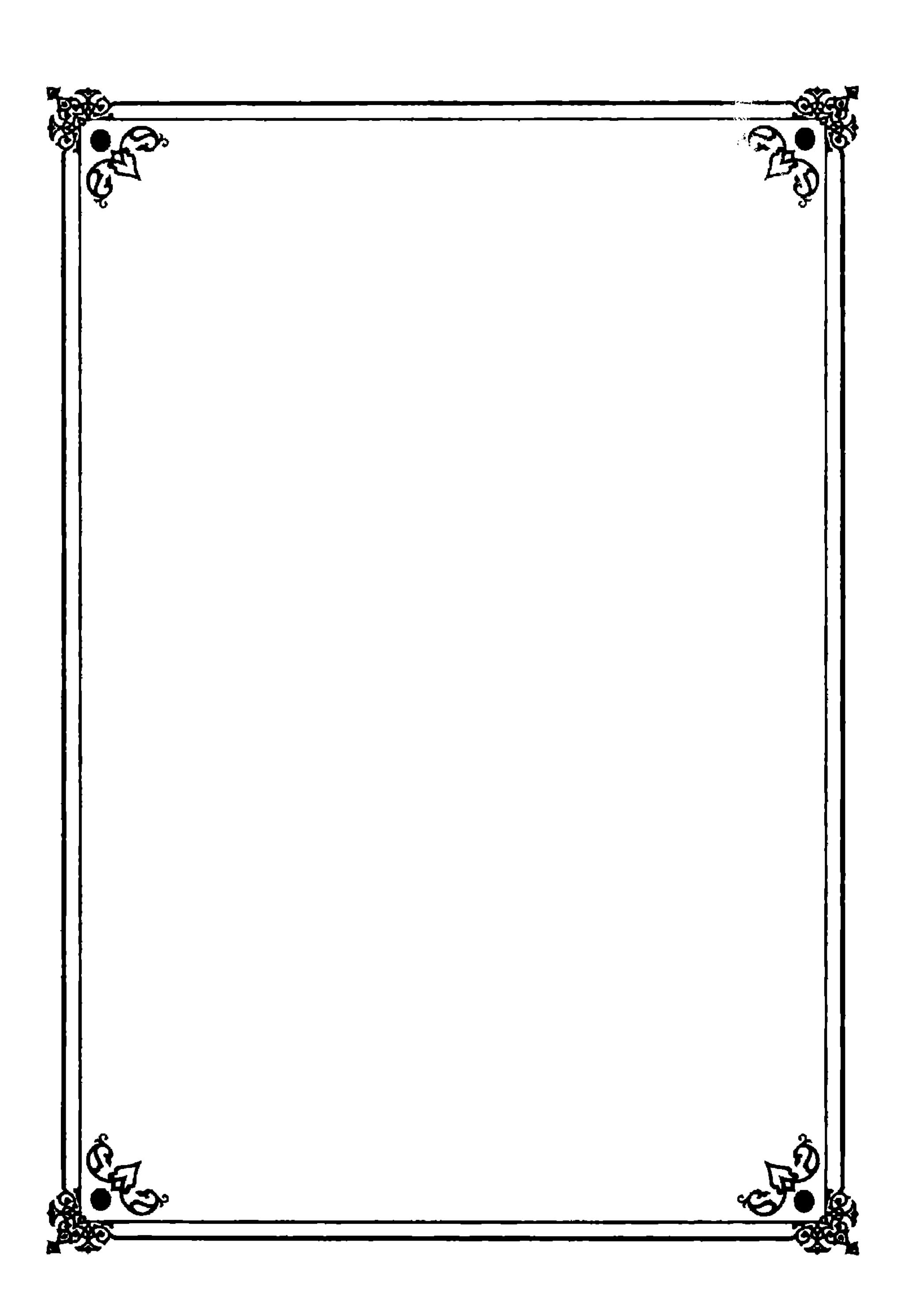
(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٤-٤٤٥ ،«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١٢، و«المبسوط» ٤٨/٣٠.

(٢) من (ب).





٣٧
كِتَابُ الدِّيَاتِ



كتاب الديات[١]

الدية: ما يُؤدىٰ، وخُصَّ هٰذا اللفظ بما يؤدىٰ من بدل النفس دونَ غيرها من المتلفات؛ لأنَّ الاْسم يشتق للتعريف بالتخصيص فلا يطَّرد، وإنَّما وجب المالُ في مقابلةِ النفسِ، وإنْ لم يكن المال مثلا لحكمةِ اْقتضت ذلك وهو صونُ بنيانِ الآدميِّ عن الهدمِ ودمه عن الهدرِ. والأصلُ في وجوبِ الدية قوله تعالىٰ: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله ﷺ: «**في النفس المؤمنةِ مائة من الإبل**»[٢]، أي: يجبُ بسببِ قتلها مائة من الإبلِ[٣].

قال: (تغلظ دية شبهِ العمدِ في الإبلِ، فتجبُ أرباعًا خمس وعشرون بنت مخاض، ومثلها بنت لبون وحقاق وجذع، وجعلها ثلاثين جذعة ومثلها حقة، وأربعين ثنيات حوامل).

قد مرَّ أنَّ الدية في شبه العمد تجبُ على العاقلةِ مغلظة، وإنَّما تغلظ من الإبلِ خاصة؛ لأنَّ التوقيف فيها، فلا يتعدى التغليظ إلىٰ غيرها، ولا خلاف أن تقدير الدية من الإبلِ مائة، وتجبُ عند أبي حنيفة[٤] وأبي يوسف[٤]

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الجناية سبب الدية والسبب مقدم على المسبب. «المستجمع شرح المجمع».

(٢) رواه ابن حبان ١٤/ ٥٠١ (٦٥٥٩) من حديث عمرو بن حزم.

(٣) «الاختيار» ٥/ ٤٨٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٥٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٩.

رحمهما الله أرباعًا خمسا وعشرينَ بنت مخاضٍ، وخمسًا وعشرينَ بنت لبون، وخمسًا وعشرينَ حقة، وخمسا وعشرين جذعة.

وقال محمدٌ[١] والشافعي[٢] رحمهما الله: تجب ثلاثة أنواعٍ: ثلاثين جذعة، وثلاثين حقة. وأربعين ثنية كلها حوامل، لقوله ﷺ: «**ألا إنَّ قتيل خطأ العمدِ قتيل السوطِ والعصَا**»[٣]، وفيه مائة من الإبلِ أربعون منها في بطونها أولادُها؛ ولأنَّ دية شبه العمدِ أغلظ، وذلك فيما ذَهبنا إليه، وهو مذهبُ عمر وزيدِ بن ثابتٍ، وعن عليٍّ ﷺ في شبه العمد ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلفة.

ولنا: قوله ﷺ: «**في نفس المؤمن مائة من الإبلِ**»، وإمامنا في صفة التغليظ ابن مسعودٍ ﷺ، وما قاله أقرب إلى القياسِ؛ لأنَّ الحملَ لا يتوقف عليه حقيقة؛ ولأنَّ ما رويناه مشهورٌ متلقىٰ من الأمة بالقبولِ، وهو يوجب مائة من الإبلِ، ومتىٰ وجبت الحواملُ زادت على المائةِ، فإنَّ الحملَ أصل من وجهٍ، وما رواه من ذلك غيرُ ثابتٍ؛ لاختلاف الصحابة في صفةِ التغليظِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٤، و«الكتاب» ٣/ ١٥٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٩.

(٢) «الأم» ٦/ ٨، و«المهذب» ٢/ ١٩٦-١٩٧، و«الوجيز» ٢/ ١٤٠، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٢٠، و«تكملة المجموع» ٢٠/ ١٤٤.

(٣) رواه أحمد ٣/ ٤١٠.

قال: (وتجبُ في الخطإِ منها أخماسًا: عشرون منها ابن مخاض، ومثلها بنات[1] مخاض، وبنات لبون، وحقاق وجذع).

دية الخطإِ في الإبلِ من خمسة أنواعٍ، وهي هٰذِه المذكورة، كل عشرين من نوعٍ، وهٰذا قول ابن مسعود رضي الله عنه[2]، وإنما يعرف ذلك توقيفا، فصار كالمرفوع إليه ﷺ؛ ولأنَّه أخف، فكان أليق بحالة الخطإِ؛ لأنَّ الخاطئ معذورٌ[3].

قال: (أو ألف دينار ونوجبُ من الورقِ عشرة آلافِ درهم لا اْثني عشرة).

أما الدية من العين فهي ألف دينار بالإجماعِ، وأما من الورق فهي عشرة آلاف درهم، كل عشرة وزن سبعة مثاقيل.

وقال الشافعي رحمه الله[4] في القديم: اْثنا عشر ألفًا لما روى ابن عباس رضي الله عنه أنَّ النبيَّ ﷺ قضىٰ بذلكَ[5].

---

(١) في (ج): (واحد).

(٢) «المبسوط» ٢٦/ ٧٥، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٥٣، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٤) «المهذب» ٢/ ١٩٧، و«الوجيز» ٢/ ١٤٠، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٢٤، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ١٩١.

(٥) رواه أبو داود (٤٥٤٦)، والترمذي (١٣٨٨)، والنسائي ٨/ ٤٤، وابن ماجه (٢٦٢٩)، وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٢٤٥).

ولنا: ما رويَ عن عمر رضي الله عنه[١] قضىٰ بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم[٢]، وتأويل ما رواه أنَّه قضىٰ بدراهم كانت بوزنِ عشريها بستةِ مثاقيلَ، ذكره محمد بن الحسن[٣]، فيحملُ علىٰ ذلك توفيقًا[٤].

قال: (وهي منحصرة في هٰذِه وزاد من البقر مائتين، ومن الشياه ألفين، ومن الحلل مائتين وقولهما رواية).

عن أبي حنيفة رحمه الله[٥] روايتان:

إحداهما: أن الدية لا تكونُ إلَّا من ثلاثةِ أنواعٍ: الإبل، والذهبِ، والفضةِ، ووجه ذلك ما روينا «في النفسِ المؤمنةِ مائة من الإبلِ» وهٰذا يقتضي أنْ لا تكونَ الدية إلَّا منَ الإبلِ، إلَّا أنَّ الدليلَ دلَّ على العينِ والورقِ، وهو ما روينا من قضائه ﷺ بهما.

وقالا[٥]: الدية من ستة أنواعٍ، هٰذِه الثلاثة وثلاثةٌ أخرىٰ، من البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاةٍ، ومن الحلل مائتا حلةٍ، كل حلَّةٍ إزار ورداء. ووجه ذلك ما رواه عبيدة السلماني[٣] أن عمرَ رضي الله عنه[٦] قضىٰ في

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٥٣، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٢) عزاه الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٧٣ لمحمد بن الحسن في «الآثار»، وابن أبي شيبة، والبيهقي.

(٣) «الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٧، ٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٢، و«الكتاب» ٣/ ١٥٣، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٨-٧٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٠.

(٦) «الاختيار» ٥/ ٤٩٠، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٧٦.

الدية بعشرة آلاف درهم، ومن الدنانير بألفِ دينار، ومن الإبلِ بمائة، ومن البقرِ بمائتي بقرة، ومن الغنمِ بألفيّ شاة، ومن الحلل بمائتي حلَّة[١].

والمراد أنَّه قدر الدية بهٰذِه المقادير؛ لأنَّ القضاءَ لم يقع في وقتٍ واحدٍ بهٰذِه الأنواعِ كلها، وقولهما رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]، فلا خلافَ في الحقيقةِ، وعنه ما يدل علىٰ ذلك، فإنه قال: إن الصلحَ علىٰ أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة أو ألفي شاة لا يجوز، ولولا أنَّ /١٩٥أ/ هٰذِه الأنواع أصول في الدية لجاز الصلح علىٰ أكثر منها كما لو وقع علىٰ غيرها.

قال: (وتجب في المرأة نصفها).

دية المرأة على النصف من دية الرجل[٣]، وهٰذا اللفظ موقوفٌ علىٰ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[٤]، ومرفوع إلى النبي ﷺ، وعن عمر[٥] وعليٍّ وابنِ مسعودٍ[٦]، وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم كذلك، ولا مخالف فانعقد إجماعًا؛ ولأنها في الميراث والشهادةِ على النصف من الرجلِ، فكذلك في الدية، وأمَّا ما دون النفسِ من المرأةِ فهو معتبر بديتها؛ لأنَّ النقصان قد ثبت في بدل النفس، فكذا فيما هو ملحقٌ به[٧].

---

(١) رواه أبو داود (٤٥٤٢)، وحسنه الألباني كما في «المشكاة» (٣٤٩٨).

(٢) «الاختيار» ٥/ ٤٩٠، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٧٦.

(٣) رواه البيهقي ٨/ ٩٥.

(٤) «الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩١.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٠، و«الكتاب» ٣/ ١٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٨-٧٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩١.

قال: (ولم يجعلوا دية الذمِّي ستة آلاف درهم، فنجعلها كالمسلمِ لا الكتابيِّ أربعة آلاف، وللمجوسيِّ ثمانمائة).

دية اليهودي والنصراني عند مالكٍ[(١)] على النصفِ من دية المسلم، ودية المسلم عنده أثنا عشر ألفًا، كقول الشافعي رحمه الله[(٢)] في القديم؛ لقوله ﷺ: «**عقلُ الكافرِ نصفُ عقلِ المسلمِ**»[(٣)]، وللشافعي رحمه الله ما روي أنه ﷺ جعل ديةَ اليهودي والنصراني أربعةَ آلاف درهم، ودية المجوسيِّ ثمانمائة درهم[(٤)]، وهٰذا أيضا على القول القديم، وعلى الجديد ثلث المائة من الإبلِ، أو قيمة الثلثِ عند فقدها[(٥)] وكذلك في المجوسيِّ.

ولنا[(٦)]: قوله ﷺ: «**دية كل ذي عهدٍ في عهده ألف دينار**»[(٧)].

وقال الزهري[(٨)]: قضىٰ أبو بكرٍ[(٩)] وعمر[(٩)] وعليٌّ[(١٠)] رضي الله عنهم في دية

---

(١) «المدونة الكبرىٰ» ٤/ ٤٧٩، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧٣٤-٧٣٥، و«التلقين» ٢/ ٤٨١، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٢٥٨.

(٢) «الأم» ٦/ ١٠٥، و«المهذب» ٢/ ١٩٨، و«الوجيز» ٢/ ١٤١، و«التنبيه» ص١٢٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٢١-١٢٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ١٩١-١٩٢.

(٣) رواه الترمذي (١٤١٣)، مُحَسَّنًا، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) رواه عبد الرزاق ١٠/ ٩٢، والدارقطني ٣/ ١٤٥. وليس فيه ذكر دية المجوسي وقد رواها عبد الرزاق ١٠/ ٩٥ عن مكحول مرسلًا.

(٥) في (ج): (قصدها).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٠، و«الكتاب» ٣/ ١٥٤، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٨-٧٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٢٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٩١.

(٧) رواه أبو داود في «المراسيل» (٢٦٤).

(٨) «المبسوط» ٢٦/ ٨٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٩١.

(٩) «المبسوط» ٢٦/ ٨٥، و«الهداية» ٤/ ٥٢٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٩١.

(١٠) «المبسوط» ٢٦/ ٨٥.

الذميّ بمثل دية المسلم. وقال ﷺ: «**إذا قبلوها فأعلمهم أنَّ لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين**»[(١)] وللمسلمين إذا قتل قتيلهم ألف دينارٍ، فيكونُ لهم كذلكَ، وكذلك الحكم في المستأمن لما روى ابن عباس[(٢)] أن مستأمنين جاءا إلىٰ رسولِ الله ﷺ فكساهما وحملهما، وخرجا من عنده، فلقيهما عمرو بن أمية الضمري[(٢)] فقتلهمَا[(٣)]، ولم يعلمْ بأمانهما، فوداهما ﷺ بديتي حرين مسلمين.

قال: (وتجب في المارن واللسان والذكر والعقل والشم والذوق والسَّمع والبصر، وذهاب منفعةِ العضوِ).

والأصلُ في الأطرافِ أنَّه متىٰ فوت جنس المنفعةِ على الكمالِ أو أزالَ جمالا مقصودًا في الآدمي على الكمالِ تجبُ كلُّ ديةِ النفس؛ لأنَّ في إتلافِ المنفعةِ المقصودةِ والجمالِ المقصودِ إتلاف النفس من وجه، فيلحقُ بالإتلافِ من كل وجه تعظيمًا للآدمي، وإظهارًا لخطره؛ ولأنَّ قيام النفسِ مبنيٌّ بقيام منافعها، فكان تفويتها (كتفويت النفسِ، والجمالُ

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٦٢: لم أجده هكذا وانظر «نصب الراية» ٤/ ٥٥.

(٢) «المبسوط» ٢٦/ ٨٥.

(٣) هو عمرو بن أمية بن خويلد أبو أمية، الكناني، الضمري، أسلم قديمًا وهو من مهاجرة الحبشة، ثم هاجر إلى المدينة وأول مشاهدة بئر معونة، وقيل: أسلم حين أنصرف المشركون من أحد، وكان رسول الله ﷺ يبعثه في أموره، بعثه ﷺ عينًا إلىٰ قريش، فحمل خُبيب بن عدي من الخشبة التي صُلب عليها، وأرسله إلى النجاشي يدعوه إلى الإسلام، وأمره أن يزوجه أم حبيبة. توفي عمرو آخر أيام معاوية قبل الستين.

انظر: «معرفة الصحابة» لأبي نعيم ٤/ ١٩٩٣ (٢٠٤٤)، و«الاستيعاب» ٣/ ٢٤٨ (١٩١٣)، و«أسد الغابة» ٤/ ١٩٣ (٣٨٥٦)، و«الإصابة» ٢/ ٥٢٤ (٥٧٦٥).

مقصودٌ في الحيوان كالمنفعةِ، ولهٰذا تزداد قيمةُ المملوكِ بالجمال)[١]، وتفويت المنفعة المقصودةِ (كاليدِ إذا شلّت، والعين إذا ذهب ضوءُها)[٢] وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريفا للآدميّ، وشرفه بالجمال كشرفه بالمنافعِ، فيتعلق به كمال الدية وقضىٰ رسول الله ﷺ بالديةِ كلها في اللسان والأنف، وفي كتابه ﷺ لعمرو بن حزم[٣] رضي الله عنه[٤]: «**في النفسِ الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية**» ورواه سعيد بن المسيب[٥]، وتنسحب الفروعُ علىٰ هٰذا الأصلِ، فتجبُ في الأنفِ الدية؛ لإزالة الجمال على الكمال، وكذلك تجب بقطع المارن والأرنبة كذلك، ولو قُطع المارنُ مع القصبةِ فالدية واحدةٌ؛ لكونِه عضوًا واحدًا، وكذا اللسان لفوات المنفعة المقصودة وهي النطق، وكذا في قطعِ بعضه إذا ٱمتنع النطق، فإنْ أمكنه بعض الحروف دون بعض قيل: تقسم علىٰ عددها، وقيل: علىٰ عدد حروف يتعلق أداؤها باللسانِ، فتجبُ بقدرِ ما ٱمتنعَ منها، وإنْ تمكنَ من النطقِ بأكثرِها تجب حكومة عدلٍ؛ لحصول الٱختلال مع أصل الإفهام، وإن عجز عن الأكثر وجبت الدية لفواتِ منفعةِ الكلامِ، وكذا الذكر بفوات المنافعِ المقصودة منه، وكذَا تجبُ في الحشفةِ الدية الكاملةِ؛ لأنَّها أصل في تلك المنافعِ، والقصبةُ كالتابعِ، وأمَّا العقلُ فمنفعته أعظمُ المنافعِ المقصودةِ، وقضىٰ عمر رضي الله عنه[٣] في ضربةٍ واحدةٍ بأربعِ دياتٍ، حيثُ ذهب بها العقلُ والكلامُ والسمعُ والبصرُ، وهٰذِه كلّها منافعٌ مقصودة، تفوت فائدة حياةِ الإنسانِ

---

(١) ساقط من (ج).
(٢) من (ج).
(٣) «الاختيار» ٥/ ٤٩٢.
(٤) تقدمت ترجمته.
(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٧٦: لم أجده.

بفواتها، فكان إتلافُ كل منها إتلافًا له علىٰ ما مرَّ، والتنبيه عليها من الزوائد[١].

قال: (ونوجبُ فيه من خصي وعنين حكومة عدل لا دية).

(تجب كمال الديةِ)[٢] عندَ الشافعي رحمه الله[٣] في ذكر الخصي والعنين؛ لما روينَا من غير فصلٍ، ولأنَّ الفتورَ فيه مرضٌ، والمرضُ لا ينقص البدل، وعندنا تجبُ حكومة عدلٍ؛ لأنَّه عضوٌ ناقصُ المنفعةِ على التأبيدِ فلا تجبُ فيه ديةٌ كاملةٌ كالعين القائمةِ التي لا تُبصِر، والرجل العرجاء واليد الشلاء، بخلافِ المرض فإنه يزول، والمطلق ينصرف إلى الكامل فكان النص مقيَّدًا معنىٰ[٤].

قال: (ونعكس في حلق اللحية والرأس).

إذا حلقت اللحية فلم تنبت أو شعر الرأسِ وجبتْ الديةُ كاملةٌ.

وقال الشافعيُّ[٥] وهو قول مالك[٦] رحمهما الله: فيهما حكومةُ عدلٍ. وهٰذا عكس الخلافِ السابق.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٤-٤٣٥، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٢، و«الهداية» ٤/ ٥٢٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٢.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «المهذب» ٢/ ١٨٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٤-٣٥، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٨٠-٨١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٧، و«الكتاب» ٣/ ١٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٣.

(٥) «الأم» ٦/ ٨٢، و«المهذب» ٢/ ٢٠٢، و«الوجيز» ٢/ ١٤٣، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٢٢٥.

(٦) «الكافي» ص٥٩٨، و«التلقين» ٢/ ٤٨٥.

لهما: أن ذلك زيادة في الآدميّ؛ ولهٰذا يُحلقُ شعرُ الرأسِ كله وبعض اللحيةِ في بعض البلاد، فصار كشعرِ الصدرِ والساقِ، ولهٰذا وجبَ في شعرِ العبدِ نقصانُ القيمةِ.

ولنا[١]: أنَّ اللحيةَ في وقتها /٩٥ب/ جمال وفي حلقها تفويت ذلكَ الجمالِ على الكمالِ، فوجبت الديةُ كما في الأذنين الشاخصتين، وشعر الرأسِ أيضًا جمال، ألا ترىٰ أنَّ العادم له يتكلّف في إخفائه ويسوؤه ذلكَ، بخلاف شعر الصدرِ والساقِ، فإنَّه لا يتعلقُ بهما الجمالُ، وعن أبي حنيفة[٢] في لحية العبدِ أنَّه يجب كمال القيمةِ، وأمَّا على الظاهرِ من الرواية فالفرقُ أن المقصودَ من العبد هو ٱستعمالُه في الخدمةِ دون الجمالِ، بخلافِ الحرِّ.

فروع: وفي الشاربِ حكومة عدلٍ، وهٰذا هو الأصحُّ؛ لأنَّه تابعٌ للحية فكان كبعض أطرافِها، ولحية الكوسج إن كانت علىٰ ذقنه فقط، وهي شَعْرَات معدودة، فلا شيءَ في حلقِها؛ لأنَّها ليست بجمال، وإن كانت أكثر من ذلكَ وهي على الذّقنِ والخدِّ جميعًا، إلّا أنَّها غير متصلة ففي حلقِها حكومةُ عدلٍ؛ لأنَّ في وجودِها بعض الجمالِ، وإن كانت متصلةً ففيها الديةُ كلّها؛ لأنَّه لا يكون كوسجًا[٣].

قال: (فإن نبتت لم يجب شيء).

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٢٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٤.

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٩٢-١٨٩٣، و«المبسوط» ٢٦/ ٧١-٧٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٥، و«الكتاب» ٣/ ١٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٥-٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٢٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٥.

لأنَّه لم يبقَ أثرُ الجنايةِ، لكن يؤدبه الحاكم لينزجرَ هو وأمثالُه عن الإقدامِ على ٱرتكاب الحرام.

قال: (وكذا لو نبتت بيضاء في الحرِّ وفي العبدِ حكومة عدلٍ، وأوجباها فيهما).

إذا حلقَ رجلٌ لحية شابٍّ حرٍّ فنبتت بيضاء. قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: لا يجبُ شيء؛ لأنها عادت إلىٰ أحسن ما كانت، وتجب عنده في العبدِ إذا حلقت فنبتت بيضاء حكومة عدلٍ؛ لأنَّ الشيبَ ينقص قيمته.

وقالا[2]: تجب حكومة عدلٍ في الحرِّ والعبد جميعًا؛ لأنَّ الشيبَ في غير أوانه يشين ولا يزين، والخطأ والعمدُ في ذلك سواء.

قال: (وتجب الدية في كل ما في البدن منه ٱثنان فيهما ونصفها في أحدهما).

كل ما في البدن ٱثنان، ففي تفويتهما دية كاملة؛ كاليدينِ والرِّجلين، والعينينِ سواءٌ ذهبت شحمتهما أو بقيت؛ لأنَّ المنفعةَ بنورِ البصرِ لا بالشحمةِ، وكاللحيين والشفتين والحاجبين والأُذنين، وثديي المرأةِ وحلمتيهما، والأنثيان والإليتان إذا ٱستؤصل لحمهما حتىٰ لم يبقَ على الوركِ شيءٌ، والأصلُ في ذلك ما رَوىٰ سعيدُ بنُ المسيب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «**في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي اليدين الدية،**

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٥، و«الكتاب» ٣/ ١٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٢٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٥.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٢٦، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٣، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٥٩-١٨٦٠.

وفي الرجلين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الشفتين الدية»[١]، وفي كتابِ عمرو بن حزمٍ[٢]: «**وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية**»[٣]؛ ولأنَّ المنفعة المقصودة منهما تفوت بفواتهما وكذلك يفوت الجمال بفواتهما كاملًا، وبفوات أحدهما يفوت النصف، وإنَّمَا قيَّدنا الثديين بالمرأة؛ لأنَّ المنفعة المقصودةَ من الثدي هو في ثدي المرأة، وكذلك الجمالُ بخلافِ ثدي الرجلِ؛ لأنَّ فيه حكومةُ عدلٍ؛ لأنَّه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال، وكذلك في الحلميتن تجبُ الدية لفوات جنسِ منفعةِ الإرضاعِ وإمساك اللبنِ، ولو قطع الأنثيين مع الذكر، أو قُطع الذكر أولًا ثم الأنثيين ففيهما الديتان؛ لأنَّ منفعة الأنثيين بعد قطع الذكرِ قائمةٌ،ولو قطع الأنثيين أولًا ثم الذكر ففي الأنثيين الديةُ، وفي الذكرِ حكومةُ عدلٍ؛ لأنَّ بقطعِ الأنثيين صار خصيًّا، وفي ذكر الخصي حكومة (عدلٍ)[٤] ولأنَّ منفعة الذكرِ ٱختلت بقطعِ الأنثيين، وهي منفعةُ الإيلادِ، فصار كاليدِ الشَّلاءِ[٥].

قال: (وربعها في واحد مما هو فيه أربعة).

ما في البدنِ أربعة كأشفارِ العينين وأهدابها ففي تفويتها كلها دية كاملةٌ،

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٧٧: لم أجده بتمامه، ولكن روى البيهقي من طريق سعيد بن المسيب مضت السنة في العقل بأن في الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية. ٱنظر «سنن البيهقي» ٨/ ٩٧.

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٢٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٣، و«تكلمة فتح القدير» ١٠/ ٢٨١.

(٣) رواه النسائي ٨/ ٥٩ من حديث عمرو بن حزم.

(٤) من (ب).

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٥، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٠، و«الهداية» ٤/ ٥٢٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٣.

وفي واحد منها ربعُ الدية، وفي ثنتين نصفُها، وفي الثلاثةِ ثلاثةُ أرباعِها؛ وهٰذا لأنَّه يفوت بفواتها الجمالُ والمنفعةُ التي هي دفعُ الأذىٰ والقذىٰ عن العينين على الكمالِ، وإذا كان الواجبُ في الكلِّ الدية وهي أربعة ٱنقسمَ عليها فيكونُ في الواحدةِ الربعُ، وفي الثلاثةِ ثلاثة الأرباعِ، ومنبت الشعْرِ كالأجفانِ في الحكمِ، والجفونُ بأهدابِها كعضو واحدٍ كالمارن مع القصبةِ[١].

قال: (وعشرها في كل إصبع (وتقسم علىٰ مفاصلها ويتبعها الكفُّ).

في كل (إصبع)[٢] من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية، والأصابع كلها سواءٌ؛ لقولِه ﷺ: «**في كلِّ إصبع عشرٌ من الإبلِ**»[٣]؛ ولأنَّ المنفعة المقصودة من أصابعِ اليدين تفوت بفواتها، فتجبُ الدية كاملةٌ فتقسمُ عليها، وهي عشر فيكون لكل إصبعٍ عشر، وما رويناهُ دالٌّ علىٰ تساوي الأصابعِ في الحكمِ، ولأنَّها في أصل المنفعة سواءٌ، فسقط ٱعتبارُ الزيادةِ فيها كاليدِ اليُمنَىٰ مع اليسرىٰ، وكذلكَ الكلامُ في أصابعِ الرجلين، فإنَّ المنفعة المقصودة من أصابعهما، -وهي المشي- تفوت بقطعها كلها، فيجب كمالُ الديةِ وهي عشرةٌ فتنقسم الديةُ عليها، ويُقسم أرشُ كلِّ إصبعٍ علىٰ ما فيها من المفاصلِ، فما فيها ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث عشر الدية، وما فيها مفصلان ففي أحدِهما نصف عشرِ الدية، وهٰذا نظيرُ ٱنقسامِ دية اليدِ علىٰ أصابعِها والكفُّ تبع الأصابعِ؛ لأنَّ منفعةَ البطش

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«الكتاب» ٣/ ١٥٥-١٥٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥٢٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٣.

(٢) ساقط من (ج).

(٣) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

بالأصابعِ، والديةُ واجبةٌ بتفويت المنفعةِ.

والغرضُ من هٰذِه المسألةِ[١] أنَّه لو قطع أصابع يد واحدة فإنه تجب نصف الدية، ولو قطعها مع الكف تجب نصف الدية أيضًا /١٩٦أ/ لكونها تبعًا[٢]، ولقوله ﷺ: «**في اليدين الديةُ**»[٣]، وفي إحدَاهما نصفُ الدية.

قال: (فإنْ قطعَها من نصفِ الساعدِ وجبت حكومة في الزائدة).

إذا قطع اليدَ من نصفِ الساعدِ ففي الأصابعِ والكفِّ نصفُ الديةِ لما مرَّ، وفي الزائدةِ حكومة عدلٍ، وهٰذِه روايةُ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[٤]، وعنه أيضًا أنَّ ما زادَ على الأصابعِ والكفِّ فهو تبعٌ إلى المنكبِ، وفي الرجلِ إلى الفَخذِ؛ لأنَّ الشرعَ أوجبَ نصف الديةِ في اليدِ، وهي ٱسمٌ لمجموعِ هٰذِه الجارحةِ، ولهما أنَّ اليدَ آلة باطشةٌ، والبطشُ حاصل بالكفِّ والأصابعِ لا بالذراعِ فلم يكن تابعًا، ولأنَّه ليس بتابعٍ للأصابعِ لتخللِ الكفِّ بينهما، ولا للكفِّ؛ لأنّه يكونُ تابعًا للتابعِ، ولما كانت المنفعةُ لا تتعلقُ به ولا الجمال وجب فيه حكومةُ عدلٍ[٥].

قال: (أو كفًّا فيها إصبعٌ (ففيها أرش (الإصبع، وأوجبا)[٦]

---

(١) في (ج): (المسائل).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«الكتاب» ٣/ ١٥٥-١٥٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥٢٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٤.

(٣) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«الهداية» ٤/ ٥٢٩.

(٥) «الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥٢٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٦.

(٦) في (ج): (الأصابع وأوجبنا).

الأكثر من أرشِها، ومن الحكومةِ في الكفِّ).

رجل قطع كف رجلٍ وفيها (إصبعٌ)[١] واحدةٌ أو مفصلٌ منها أو إصبعان فالواجبُ عندِ أبي حنيفة[٢] أرشُ ما في الكفِّ من ذلكَ، ويكونُ الكفُّ تبعًا.

وقالا[٣]: ينظر إلىٰ أرشِ ما بقيَ من الأصابعِ وإلىٰ ما يجبُ من حكومةِ العدلِ في الكفِّ، فيجب أكثرهما، ويدخلُ الأقلُ في الأكثرِ، هما ٱعتبرا الرجحانَ من حيثُ القيمة؛ لأنَّه لا وجهَ إلىٰ لجمعِ (بين الأرشين؛ لأنَّ الكلَّ شيءٌ واحدٌ، ولا إلىٰ إهدارِ أحدهما؛ لأنَّ كلا منهما أصل من وجه فرجحنا بالأكثر)[٣]، وأبو حنيفة رحمه الله[٤] ٱعتبرَ الرجحانَ من حيثُ الأصالة، فإنَّ الأصابعَ أصلٌ؛ لأنَّ المنفعة المقصودة وهي البطش بها، والكفُّ تابعٌ حقيقة وشرعًا، فإنه يجب فيها (مع الأصابعِ)[٥] ما يجبُ في الأصابعِ وحدها، والترجيحُ بالذاتِ، والحكمُ أولىٰ من الترجيح من حيثُ مقدار الواجبِ ومتىٰ بقيَ شيءٌ من الأصلِ فلا ٱعتبارَ للتبعِ.

قال: (ولو شلت بقطع جارتها ففيها الأرشُ، وقالا:

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٢، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٢، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٦.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٢، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٦.

(٥) في (ب): (بتبعية الأصابع).

القصاصُ في الأولىٰ، والأرشُ في الثانيةِ).

إذا قطعَ إصبع رجلٍ عمدًا فشلت أخرىٰ إلىٰ جانبِها، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: لا قصاصَ، ويجبُ الأرشُ فيهما.

وقالا[١]: يجب القصاصُ في الإصبع الأولىٰ، ويجب الأرشُ في الثانيةِ؛ لأنَّ الجنايةَ وإن كانت واحدةً لكنها باعتبارِ تعدد محلِّها متعددة حكمًا، فصار كأنَّه جنىٰ جنايتين عمدًا وخطأً فيجبُ موجباهما، كما لو رمَىٰ إنسانًا بسهمٍ فنفذ منهُ إلىٰ آخر.

وله: أنه جنَىٰ جنايةً واحدةً في محلٍّ واحدٍ، وهو الإصبعُ التي قطعها، لكن أثر هٰذِه الجنايةِ سرىٰ إلى الأخرىٰ، وإذا كانت الجنايةُ واحدة[٢] في ذاتِها ومحلِّها، وقد صار بعضُ موجبها مالا ٱستحالَ أنْ يجبَ القصاص في الباقي؛ لعدمِ التجزيء بخلافِ ما ٱستشهدَ به؛ لأنَّه جنىٰ جنايتين بوصولِ السهم إلى الأولِ عمدًا، ووصوله إلى الثاني خطأً، فقد تغايرتا ذاتًا ومحلًّا وصفةً، فلم يثبت الاتحادُ ولا شبهه، فلم يمتنعْ ترتيبُ موجبتهما[٣] عليهما، أمَّا هٰهنا فقد ثبت الاتحادُ حقيقةً أو شبهةً، فلم يمكن الجمعُ بين القصاصِ والمال بجناية متحدةٍ في ذاتها ومحلِّها وصفتها.

قال: (ونصفُ عشرها في كل سنٍّ).

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٦، و«الكتاب» ٣/ ١٥٩-١٦٠، و«الهداية» ٤/ ٥٣١- ٥٣٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٦، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٢٩٤.

(٢) في (ب): (جناية).

(٣) في (ج): (موجبتيهما).

الضمير راجعٌ إلى الديةِ أي: ويجبُ نصفُ عشرِ الديةِ في كل سنٍّ والأضراسُ (والأنيابُ)[١] كلها سواءٌ؛ لقوله ﷺ: «**في كلِّ سنٍّ خمس من الإبلِ**»[٢]، وإطلاقُه دليل على ٱستواءِ الأسنانِ والثنايا والأضراس والأنياب؛ لأن ٱسم السن يتناول الكلَّ، فيجبُ في الأسنانِ كلها دية وثلاثة أخماس دية؛ لأنَّ الأسنان ٱثنان وثلاثون سنًّا، عشرون ضرسًا، وأربعةُ أنياب، وأربعُ ضواحكٍ، وأربعُ ثنايا[٣].

قال: (ولو نبت عوضها فهو ساقط كسن الصغير).

إذا نبت مكان السنِّ المقلوعة من البالغِ سن أخرىٰ؛ سقطَ أرشُها عند أبي حنيفة رحمه الله[٤].

وقالا[٥]: يجب الأرشُ كاملا؛ لتحققِ الجنايةِ الموجبةُ لها، وما حدثَ فنعمةٌ من اللهِ تعالىٰ.

وله: أن هٰذِه الجناية عدمت معنىٰ؛ لعودِ الجمالِ والمنفعةِ إلىٰ ما كانا عليه، فصار كسن الصغير، ونبَّه في المتن بقوله: (كسن الصغير) علىٰ أن الخلافَ في سنِّ البالغِ.

قال: (ولو ضربها فاصفرت فالأرش واجبٌ كما لو ٱسودَّت

---

(١) في (ب): (الأسنان).

(٢) تقدم من حديث عمرو بن حزم.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«المبسوط» ٢٦/ ٧١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥٢٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٧.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤١، و«الكتاب» ٣/ ١٦٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٣٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٤.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

أو ٱخضرَّت أو ٱحمرَّت).

وقالا: حكومةٌ (وهو رواية).

إذا ضرب سن رجلٍ فاصفرَّت.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رواية[١]: يجب الأرشُ كاملا. وفي رواية: تجب حكومة)[٢] العدل. وهو قولهما[١].

ووجه هٰذِه أن الفائت بعض الجمالِ؛ لأنَّ من الأسنانِ ما يكون مصفرًّا ولا يعد ذلك فوتًا للجمالِ بل نقصانًا فيه، والنقصانُ غير مضبوط، فتجبُ حكومةُ عدلٍ ووجه الروايةِ الأولىٰ أنَّ الجمالَ الكاملَ الحاصلَ بالسنِّ البيضاءِ قد فات بضربِه، فيجب تمام أرشها، كما لو ٱسودت أو ٱحمرَّت أو ٱخضرَّت، وقد نبَّه في المتنِ على الحكمِ في هٰذِه الألوان الثلاثةِ مع الإشارةِ إلى التعليلِ، وهٰذِه الرواية من الزوائدِ.

قال: (وتجب حكومة (عدل)[٣] في الإصبعِ الزائدِة وعين الصبيّ ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته).

أمَّا الإصبعُ الزائدة فلأنه لم يتعلَّقْ[٤] بها جمال ولا منفعة تفوت بالقطعِ، ولكن شرف الآدميّ يقتضي تقومها؛ لكونِها جزءًا من يده، وأمَّا عينُ الصبيّ ولسانه وذكرهُ، فأمَّا /٩٦ب/ إذا لم تعلم صحة شيءٍ منها لا تجبُ فيها الديةُ؛ لأنَّ المقصودَ من هٰذِه الأعضاء منافعها، فإذا جهل

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٤-٢٤٥، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٣٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٤.

(٢) ساقط من (ج).

(٣) من (ب).

(٤) في (ج): (يتعين).

وجود المنفعةِ لم تجب الديةُ الكاملةُ بالشكِّ، فتجبُ حكومةُ عدلٍ، وتعرفُ صحَّة اللسانِ بالكلامِ دون الاستهلالِ؛ لأنَّه مجرد صوتٍ، وتُعرفُ صحة الذكر بالحركةِ، وصحةُ العينِ بما يستدل به على النظرِ، فإذا عُلم ذلكَ ينزل منزلةَ البالغِ في العمدِ والخطأِ[١].

قال: (ولو ذهبَ عقله أو شعر رأسه بموضحة ٱقتصرنا على الدية، أو سمعه، أو بصره، أو كلامه وجبَ الأرشُ أيضًا).

هاتان مسألتان: أمَّا الأولىٰ (فإذا شجه)[٢] بموضحة خطأ فذهب بها عقلُه، أو شعرُ رأسِه وجبت الديةُ عندنا لا غير[٣].

وقال زفر رحمه الله[٤]: يجب أرشَ الموضحةِ أيضًا كما يجبُ في المسألةِ الثانيةِ إذا ذهب بالموضحةِ كلامُه أو سمعُه أو بصرُه؛ لأنَّهما جنايتان مختلفتان لاختلافِ محلهما، فوجب موجبهما، ولم يقيد الموضحةَ في المتنِ بأنَّها خطأ؛ لأنَّ إيجابَ الديةِ دليل وقوعها خطأ، فإنَّ الموضحةَ من دون الشجاح يجبُ في عمدها القصاصُ.

ولنَا: -وهو الفرقُ- أن الموجود جناية منحصرةٌ في الشجَّةِ الواحدةِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٤، و«الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٥.

(٢) في (ب): (ومن شجَّ رجلًا).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٥، و«الكتاب» ٣/ ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٨-٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٤-٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠-٥٣١، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٩.

(٤) «المبسوط» ٢٦/ ٩٨-٩٩، و«الهداية» ٤/ ٥٣٠.

ومحلها واحد وهو جزء الرأس، وكذا محل العقل جزء الرأس، إلَّا أنَّ الموضحة في الجزء الظاهر، والعقل في الجزءِ الباطنِ، وإذا ٱتَّحدت الجنايةُ ذاتًا ومحلًّا كانت واحدةً، فإذا وجب بها تمامُ الدية ٱمتنعَ وجوبُ الأرشِ؛ لأنَّ إيجابَ الدية إنما هو لتفويت هٰذا العضو معنًى بتفويتِ منفعته المطلوبةِ (منه)[1]، أو جمالهِ، فلو وجبَ الأرشُ لوجبَ موجبان عن جنايةٍ واحدةٍ، وهٰذا بخلاف السمع والبصر والكلام؛ لأنَّ محالها متغايرة، ألا ترىٰ أنه لو ضربه ضربة واحدة فذهب بها سمعه وبصره وكلامه، وتناثَرَ[2] شعرُ رأسِه، وجبت أربعُ دياتٍ من غيرِ تداخلٍ، ولو ٱتحدَ محلها لتداخلتْ؛ لاتحادِ الجناية ذاتًا ومحلًا، فتعدد الجنايةِ دليلُ تعددِ المحلِّ.

وعن أبي جعفر الهندواني رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه فرَّق بأنَّ العقلَ بمنزلةِ الروحِ من حيث إنَّه ليس له محلٌّ معينٌ مشارٌ إليه، ولو زالَ الروح بالموضحةِ دخل أرشها في الدية، بخلافِ السِّمعِ والبصرِ والكلامِ؛ لأنَّ محالها معيَّنة. فنزلت منزلة اليدِ والرِّجلِ، وأرشُ الموضحة لا يدخلُ في أرشِ اليدِ.

قال بعضُ[3] مشايخنا رحمهم الله: وهٰذا الفرق ينتقض بما إذا قطعَ إنسانٌ يد آخر فذهب عقلُه فعليه الدية وأرشُ اليدِ، ولو كان العقلُ كالروحِ لما وجبَ أرشُ اليد كما لو ماتَ، فالصحيحُ من الفرقِ ما بيَّنَاه.

قال: (وإذا زال أثر الشجة فالأرش ساقطٌ، ويوجبُ أرش

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (سائر).

(٣) من (ب)، و(ج).

الألم لا أجرة الطبيب).

إذا شجَّ رجلا ثم التحمت وذهب أثرها، ونبت الشعرُ سقط الأرشُ عند أبي حنيفة رحمهُ اللهُ[١]، واقتصر في المتن علىٰ زوال الأثر؛ لأنَّه ما لم ينبت الشعرُ (فالأرشُ باقٍ)[٢]، وإن كان المشجوج ذا شعرٍ، وإذا لم يكن له شعر، فزوالُ الأثرِ فيه يكون بغيرِ نباتِ (الشعر فلم يسقط الأرشُ)[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله[٤]؛ لزوالِ الشّين الموجبِ (للأرشِ)[٥].

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجب أرشُ الألم؛ لأنَّ الشّين وإن زالَ إلَّا أنَّ الألَمَ الحاصل بسببِه يجب تقويمُه، فتجب حكومة عدلٍ.

وقال محمد رحمه الله[٦]: تجب أجرة الطبيب؛ لأنَّ ثمن الدواءِ وأجرة الطبيبِ كان بسبب هٰذِه الشجَّةِ، فصارَ كأنَّ الشاجَّ أخذ ذلك القدرَ من مالهِ، فيغرمه.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول[٦]: إنَّ المنافعَ علىٰ أصلنَا لا تتقوم إلَّا بالعقدِ أو شبهته، ولم يوجد في حقِّ الجانِي فلم يغرم.

قال: (وينتظر في قصاص الجرح بُرؤه).

(١) «الكتاب» ٣/ ١٦٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٩.

(٢) في (ب)، و(ج): (فالأثر باقٍ).

(٣) في (ب): (شعر الرأس فيسقط الأرش).

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٦٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٩.

(٥) من (ب)، و(ج).

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٦٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٣، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

إذا جرح رجلٌ رجلًا جراحةً لم يقتص منه حتَّىٰ يبرأ ؛ لقوله ﷺ : « **يستأنىٰ في الجرحات سنة** »[١] ؛ ولأنَّ المعتبرَ في الجراحة مآلها لا حالها ، فلعلها تسري إلى النفسِ فيظهر أنها قتلٌ ، وإذا لم يكن حكمُها في الحال معلومًا وجب تأخير القصاص إلىٰ تحققِ الحالِ فيها وهو البرء[٢].

قال : (وتجبُ حكومةٌ في الشجةِ الحارصةِ ، والدَّامعةِ ، والدَّاميةِ ، والباضعةِ ، والمتلاحمةِ ، والسمحاق ؛ بأنْ يقوم عبدًا سالمًا وسليمًا فيجب من الدية ما نقصته الجراحةُ من القيمةِ والقصاصِ في الموضحةِ عمدًا ، ونصف عشر الدية في الخطأِ ، (وعشر في الهاشمة)[٣] ، وعشر ونصف في المنقلة ، وثلث في الآمة ، وثلثٌ في الجائفة ، وثلثان في النافذةِ).

هٰذِه المدفوعات كلها معطوفة علىٰ فاعل (تجبُ) والفعلُ مقدَّرٌ في الجميعِ وليسَ فيها جملةٌ مبتدأةٌ.

وهٰذِه أنواعُ الشجاجِ مرتبة (وهي عشرة)[٤] :

الحارصة[٥] : وهي التي تحرصُ الجلدَ ؛ أي : تخدشَهُ ، ولا تخرج دمًا.

---

(١) رواه الدارقطني ٣/ ٩٠ وفيه يزيد بن عياض ضعيف متروك. قاله الدارقطني.

(٢) «الكتاب» ٣/ ١٦٠-١٦١ ، و«المبسوط» ٢٦/ ١٤٦ ، و«الهداية» ٤/ ٥٣٣ ، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٩.

(٣) ساقط من (ج).

(٤) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٥) «مختار الصحاح» ص١٢٧.

والدامعةُ[١]: وهي التي يظهرُ بسببِها الدم ولا يسيلُ، شبّه بالدمعِ في العينِ.

والدَّاميةُ[٢]: وهي التي يسيلُ منها الدمُ.

والباضعةُ[٣]: وهي التي تبضعُ الجلدَ؛ أي: تقطعه.

والمتلاحمةُ: وهي التي تأخذُ من اللحمِ.

والسمحاقُ[٤]: وهي التي تصل إلى السمحاقِ، وهي جلدةٌ رقيقةٌ بين اللحمِ وعظمِ الرأسِ.

والموضحة[٥]: وهي التي توضح العظمَ؛ أي: تبيّنه (منها)[٦].

والهاشمة[٧]: وهي التي تكسر العظمَ.

والمنقلة[٨]: وهي التي تنقل العظمَ بعدَ كسره؛ أي: تحوِّله.

والآمة[٩]: وهي التي تصلُ (إلىٰ أمِّ الرأسِ، وهو موضعُ الدّماغِ، وبعد هٰذِه العشرةِ شجةٌ أخرىٰ تسمَّى الدامغة؛ وهي: التي تصل)[١٠] إلى الدِّماغ، لم يذكرها محمدٌ رحمه الله؛ لأنَّها تقتل غالبًا، فلم يُفِدْ إفرادُها بالذكرِ؛ لأنَّه ليسَ لها حكمٌ مفردٌ؛ ولأنَّ الحياةَ /١٩٧أ/ لا تبقىٰ معها غالبًا، وكذا لم يذكرْ

---

(١) «مختار الصحاح» ص١٩٨.

(٢) «مختار الصحاح» ص١٩٨.

(٣) «المعجم الوسيط» ١/ ٦٠.

(٤) «مختار الصحاح» ص٢٦٦.

(٥) «المصباح المنير» ٤/ ٣٩.

(٦) من (ب).

(٧) «المصباح المنير» ٣٧٩.

(٨) «المصباح المنير» ص٣٧٠.

(٩) «مختار الصحاح» ص٥٣٨.

(١٠) من (ب) و(ج).

الحارصةَ والدَّامعةَ؛ لأنَّه قلما يبقىٰ لهما أثرٌ، وما لا أثرَ له من الشجاجِ لا حكم لها، وهٰذِه الشجاج تختص بالوجهِ والرأسِ لغة كالخدَّين، والذَّقنِ، واللحيين والجبهة، الحكمُ يترتَّبُ على الحقيقةِ حتىٰ لو وجدت في غيرها نحو السَّاق واليد لا يكون لها أرشٌ مقدر، بل تجب حكومةُ عدلٍ؛ لأنَّ التقديرَ بالتوقيفِ، فقد مرَّ فيما ذكرنا؛ ولأنَّ الحكم من الرأس والوجهِ إنَّما كان للشينِ اللاحقِ بهما من بقاءِ أثرِ الجراحةِ فيهما، والشّين مختصٌّ بهما لا بما سواهُما من الأعضاءِ.

وأمَّا أحكامُ هٰذِه الشجاجِ ففي الموضحةِ إذا كانت عمدًا القصاصُ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقضىٰ رسول الله ﷺ بالقصاصِ في الموضحةِ، وذلك ممكنٌ بانتهاءِ السِّكين إلى العظمِ، فتُعلم المساواةُ التي يعتمدُها القصاصُ، ولا قصاصَ في بقيَّةِ الشجاجِ؛ لعدمِ إمكانِ تعرف المساواةِ فيها؛ لأنَّه لا حدَّ ينتهي السكينُ إليه، ولأنَّ فيما بعد الموضحةِ فيها كسر العظمِ ولا قصاصَ فيه، وهٰذِه رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

وعن محمدٍ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الأصل»[2]، وهو ظاهر الرواية: أنَّ القصاصَ يجبُ فيما قبل الموضحةِ؛ لأنّه لا عظمَ فيه ولا وقوع الهلاك بالاقتصاص غالبًا، والاعتبارُ ممكن بأنْ يسبر غور تلك الجراحة بالمسبار[3][4] ثم يتخذ حديدةً بقدرها فيقطعُ بها مقدار ما قُطِعَ، فيتحقق ٱستيفاءُ القصاصِ، وفيما

---

(١) «الكتاب» ٣/ ١٥٧، و«الهداية» ٤/ ٥٢٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٧.

(٢) «الأصل» ٤/ ٤١٩-٤٢٠.

(٣) المسبار هو الملمول آلة للجراح يسير بها الجرح. «المعجم الوسيط» ص٨٩٤.

(٤) في (ب) و(ج): (المسمار).

دون الموضحةِ حكومة عدلٍ؛ لأنَّه ليس فيها أرشٌ مقدرٌ، وإهداره غير ممكن فوجبَ ٱعتباره بحكم العدل، وهو مأثورٌ عن النخعي[١] وعمر بن عبد العزيز[٢] رحمهما الله، فإنه قال: ما دونَ الموضحةِ خدوشٌ فيها حكومةُ عدلٍ.

وتفسيرُ حكومةِ العدلِ أن يقوِّمَ الجرحَ لو كان عبدًا سالمًا عن هٰذِه الجراحةِ وسليمًا. أي: جريحًا وهٰذا مستعار من اللديغ؛ لأنّه في معناه فما نقصته هٰذِه الجراحة من القيمة (يعتبر من الدية مثلًا كانت قيمتُه مائة فلما جرح عادت قيمتُه تسعين ونقصته عشر القيمةِ)[٣]، فيجب من الديةِ عشرها، وعلىٰ هٰذا القياسِ، وهٰذا عند الطحاوي رحمه الله[٤]؛ لأنَّ الحر لا يمكن تقويمه، والقيمةُ للعبد بمنزلة الدية للحرِّ، فما أوجب نقصًا في أحدهما ٱعْتُبِرَ به الآخر، وهٰذا هوَ الصَّحيحُ، وفي الموضحةِ إن كانت خطأً نصف عشر الديةِ، وفي الهاشمةِ عشرُ الديةِ، وفي المنقلة عشرُ الديةِ ونصفُ عشرِ الديةِ، وفي الآمة ثلثُ الديةِ، وفي الجائفة ثلثُ الديةِ، فإن نفذت فهي جائفتان فيهما ثلثا الديةِ؛ لما روي في كتاب عمرو بن حزم[٥] رحمه الله أن النبي ﷺ قال: «**في الموضحة خمسٌ من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي الآمة** - وروي: في المأمومة - **ثلث الدية**»[٦]،

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ٧٤، و«الهداية» ٤/ ٥٢٨.

(٢) «المبسوط» ٢٦/ ٧٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٤، و«الهداية» ٤/ ٥٢٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٨.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٨.

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٢٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٨.

(٦) رواه النسائي ٨/ ٥٩- ٦٠، وليس فيه ذكر الهاشمة.

وقال ﷺ: «**في الجائفة ثلث الدية**»[١]، وعن أبي بكرٍ[٢] رضي الله عنه أنه حكم في جائفةٍ نفذت إلى الجانبِ الآخر بثلثي الديةِ[٣]، ولأنَّها إذا نفذت نزلت منزلةِ جائفتين، إحداهما من جانبِ البطنِ والأخرىٰ من جانب الظهرِ، وفي كلٍّ منهما ثلثُ الديةِ، والجائفة هي التي تختص بالجوفِ والجنبِ والظهرِ، وما سوىٰ هٰذِه وما تقدم من الشجاجِ في البدنِ تكون جراحة فيها حكومةُ (عدلٍ)[٤]؛ لأنَّها غير مقدرة ولا مهدرة[٥].

قال: (وإذا ضربَ بطن ٱمرأةٍ فألقت جنينًا ميِّتًا، وجبت الغرةُ خمسون دينارًا على العاقلة في سنة).

إنما قال: خمسون دينارًا؛ لأنَّ القدوري[٦] رحمه الله قال: ففيه غرة نصف عشر الديةِ، ومراده بذلك (نصف)[٤] عشر دية الرجلِ، والغرة أيضًا عشر دية المرأة، والخمسون دينارًا هي الغرة على التفسيرين، والقياس أن لا يجب فيه شيءٌ؛ لجهله بحياته

والظاهرُ يصلح حجة للدفعِ لا للإلزام، (لكنا تركنَا)[٧] القياسَ بالأثرِ وهو ما رويَ أنَّ ٱمرأةً ضربت بطن ضرَّتها بعمود فسطاط، فألقت جنينًا

---

(١) رواه النسائي ٨/ ٦٠.

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٢٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٩٨.

(٣) رواه عبد الرزاق ٩/ ٣٦٩ (١٧٦٢٣).

(٤) من (ب)، و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٣٧-٢٣٨، و«الكتاب» ٣/ ١٥٧-١٥٨، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٣-٧٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٥٢٧-٥٢٩، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٧٠.

(٧) في (ب): (لقولنا).

ميتًا فاختصمتا إلىٰ رسول ﷺ، فحكم علىٰ عاقلةِ الضاربةِ بالغرةِ عبدًا أو أمة أو قيمتها خمسمائة، ويروىٰ أو خمسمائة ولم يستفسرْ ذكرًا كان أو أنثىٰ ولأنَّ التمييز بين الذكرِ والأنثىٰ في الجنين متعذر، فيسقط ٱعتبارُه دفعًا للحرج -وفي روايةِ المغيرة[١][٢]- فألقت جنينا ميّتًا وماتت، فقضىٰ ﷺ علىٰ عاقلةِ الضاربةِ بالدية وبغرة الجنينِ، قال: فقام عمُّ الجنين فقال: إنهُ قد أشعر، فقام والدُ الضاربةِ -وفي روايةِ أخوها[١] عمرو بن أبي عويمر الأسلمي[٣]- فقال كيف ندِي من لا شربَ ولا أكلَ ولا صاحَ ولا ٱستهلَّ؟ ودم مثل ذلك يطل. فقال عليه السلام: «**أسجع كسجع الكهان؟! فيه غرة عبد أو أمة**»[٤]، وكذلك رواه محمد بن مسلمة[٥] أيضا[١].

والتنبيه علىٰ أن الغرة واجبة على العاقلةِ، وأنَّها في سنةٍ من الزوائد. وما رويناه حجةٌ علىٰ من أوجَبها في مالِ الضَّاربِ؛ ولأنَّها بدل النفسِ، ولهٰذا سماها النبيُّ عليه السلام ديةً، حيث قال: «دوه»[٦].

---

(١) «الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) هو عمران بن عويم، ويقال: عويمر، الهذلي.
ٱنظر ترجمته في «معرفة الصحابة» ٤/ ٢١١١ (٢٢٠٥)، و«أسد الغابة» ٤/ ٢٨٣ (٤٠٤٦)، و«الإصابة» ٣/ ٢٧ (٦٠١٣).

(٤) رواه مسلم (١٦٨٢).

(٥) رواه البخاري (٧٣١٨)، ومحمد بن مسلمة هو ابن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي، شهد بدرًا وأحدًا، والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ إلَّا تبوك، ومات بالمدينة ولم يستوطن غيرها.
انظر: «معرفة الصحاب» ١/ ١٥٦ (١١)، و«الاستيعاب» ٣/ ٤٣٣ (٢٣٧٢)، و«أسد الغابة» ٥/ ١١٢ (٤٧٦١)، و«الإصابة» ٣/ ٣٨٣ (٧٨٠٦).

(٦) رواه الطبراني ٤/ ٩ (٣٧٨٣) من حديث حمل بن مالك بن النابغة.

وقال (عمرو رضي الله عنه)[١]: كيف ندي من لا شربَ ولا أكلَ؟ إلَّا أنّ العواقلَ لا تعقل ما دونَ خمسمائة درهم، ويجبُ ذلك في سنةٍ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله[٢]: في ثلاث؛ لأنَّها بدل النفسِ، ألا ترىٰ أنَّها موروثة ولم ينبِّه على الخلاف في المتن.

ولنا: رواية محمد بن الحسن رحمه الله[٣] /٩٧ب/: بلغنا أن رسول الله ﷺ جعل على العاقلة في سنة، ولأنَّ الجنينَ من حيث إنَّه متَّصلٌ بالأمِّ ينزل منزلةَ عضوٍ منها، ومن حيث إنَّه نفس علىٰ حدة كان منفردًا عنها بحكمه، فعملنا (بالشبه الثاني)[٤] في حقِّ التوريث، وبالأولِ في حقِّ التأجيلِ إلىٰ سنةٍ؛ لأنَّه بدل العضو، وهو إذا كان ثلثَ الديةِ أو أقل أو أكثر من نصفِ العشرِ يجبُ في سنةٍ، بخلاف أجزاء الدية، فإنَّ كل جزء منها علىٰ من وجب يجب في ثلاث سنين[٥].

قال: (أو حيًّا ثم مات فالديةُ).

إذا ألقت الجنينَ حيًّا ثم ماتَ ففيه دية كاملة؛ لأنَّه أتلفَ حيًّا بالضربِ السابق[٦].

---

(١) في (ب): (عمر).

(٢) «الأم» ٦/ ١١٢، و«المهذب» ٢/ ٢١٣، و«التنبيه» ص٢٢٨، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٢٩٩-٣٠٠.

(٣) «الهداية» ٤/ ٥٣٥.

(٤) في (ب) و(ج): (بالشبهة الثانية).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الكتاب» ٣/ ١٧٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٤-٥٣٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٦) «الكتاب» ٣/ ١٧٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٤-٥٣٥.

قال: (أو ميتًا ثم ماتت فدية وغرة).

إذا ألقت جنينًا ميتًا ثم ماتت الأمُّ بعده وجبت دية عن الأمِّ، وغرة عن الجنينِ، وقد صحَّ أنَّ النبي ﷺ قضىٰ في هٰذِه الصورةِ بهٰذا الحكمِ[1].

قال: (أو ماتت ثم ألقته حيًّا ثم ماتَ فديتان).

إذا ماتت الأمُّ من الضربةِ، ثم ألقَت الجنينَ (حيا ثم مات الجنين)[2] يجبُ ديتان؛ لأنَّه قاتل شخصين، وهٰذِه المسألة زائدة)[3][4].

قال: (أو ماتت ثم ألقته ميتًا فدية لا غير).

إذا ضربها فماتت من الضربة، ثم ألقت الجنينَ ميتًا فلا حكم للجنين، وتجب دية عن الأمِّ لا غيرَ؛ لأنَّ الظاهر أنَّ الجنين ماتَ بموت أمِّه؛ لأنَّ (حياته تبع لحياتها)[5] ويحتمل أنه مات من الضربةِ، فلا تجبُ الغرةُ بالشكِّ[6].

قال: (ولا نوجب فيه كفارة).

على الضارب الكفارة عند الشافعيِّ[7] رَحِمَهُ اللهُ عن قتلِ الجنينِ؛ لأنَّه قاتلٌ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الكتاب» ٣/ ١٧٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٢) من (ج). (٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٥) في (ج): (جنايته تبع لجنايتها).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الكتاب» ٣/ ١٧٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٠.

(٧) «الأم» ٦/ ٤٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٢٨، و«المهذب» ٢/ ٢١٨، و«التنبيه» ص٢٢٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٢٨، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٢٩٤.

وعندنا لا كفارةَ؛ لأنَّ في الكفارةِ معنى العقوبة، وقد عرفت من النصوصِ المطلقة فلا تتعداها. ألا ترىٰ (أنَّه)[١] لم يجبْ في الجنينِ كل البدلِ، قالوا: إلَّا أنْ يشاء أن يكفر؛ لأنَّه ٱرتكبَ محظورًا، فإذا تقرَّب إلىٰ اللهِ تعالىٰ كان أفضل ويستغفر الله مما فعل[٢].

قال: (وتورث الغرة).

قال في «الوجيز»[٣]: (ثمَّ تصرف الغرة إلىٰ وارثِ الجنينِ وهو الأمُّ والعصبة.

ولم يذكرْ في ذلك خلافًا فتركت الخلاف فيه.

وذكر في «المنظومة»[٤] أنّها تصرف إلى الأمِّ لا غيرَ، وما ذكر في «الوجيز»[٣] هو الصحيح، غرةُ الجنين موروثة بقسمة ورثته؛ لأنَّه نفس علىٰ حدةٍ، وهٰذا بدل نفسِه فيقسم بين ورثتهِ ولا يرثُه الضاربُ حتىٰ لو ضربَ بطنَ ٱمرأتِه فألقت ابنه ميتًا، فعلىٰ عاقلة الأبِ غرة ولا يرث منها شيئًا؛ لأنَّه قاتلٌ بغيرِ حقّ مباشرة ولا ميراثَ للقاتلِ[٥].

---

(١) من (ب)، و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الكتاب» ٣/ ١٧١، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٨، و«الهداية» ٤/ ٥٣٦، و«الاختيار» ٥/ ٥٠١.

(٣) «الوجيز» ٢/ ١٥٨.

(٤) المنظومة لوحة (١٣٦)

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الكتاب» ٣/ ١٧٠، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠١.

قال: (ولا نعتبر في جنين الأمةِ عشرَ قيمةِ الأم مطلقًا، فيجبُ نصفُ عشرِ قيمته ذكرًا لو كان حيًّا، وعشر قيمته لو كان أنثىٰ في مالِ الضاربِ حالا).

إذا ضربَ بطنَ أمةٍ، فألقت جنينا ففيه عشر قيمةِ أمِّه عند الشافعي[١]؛ لأنَّه جزءٌ منها من وجه، وضمانُ الأجزاءِ يعلم من الأصلِ، ولأنَّ قيمة الغرة الواجبة في جنينِ الحرَّة عشر ديتها، وعندنا[٢] فيه نصف عشر قيمته لو كان حيًّا إن كان ذكرا، وعشر قيمته إن كان أنثىٰ؛ لأنَّ جنين الحرةِ إذا كان ذكرًا إن خرج حيًّا ثم مات يجب تمامُ الديةِ، وإن خرجَ ميتًا يجب نصف عشر الديةِ، فالواجبُ بتقديرِ خروجِه ميتًا نصف عشر الواجبِ بتقديرِ خروجه حيًّا وموته عقيبه فيكون الواجبُ في جنين الأمة (ذكرًا بتقدير خروجِه ميتًا نصف عشر ما هو الواجبُ بتقدير خروجِه حيًّا وموته عقيبه، وكذلك في جنين الحرةِ إذا كان)[٣] أنثىٰ (يجبُ فيها إن خرجتْ ميتةً)[٤] عشر ما يجبُ بتقديرِ خروجها حيَّة وموتها عقيبه؛ لأنَّ القيمةَ في العبيدِ والإماءِ كالديةِ في الأحرارِ والحرائرِ، وما وجب في جنينِ الأمةِ فإنه في مالِ الضاربِ يؤخذُ منه في الحالِ، رواه المعلىٰ عن أبي يوسفَ، والحسنُ عن أبي حنيفة وأبي يوسفَ[٥] وزفر، وهو قولُ الحسنِ ووجهه أنَّ العاقلةَ

---

(١) «الأم» ٦/ ١١١، و«الوجيز» ٢/ ١٥٧، و«التنبيه» ص٢٢٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٢١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٤، و«الكتاب» ٣/ ١٧١، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«الهداية» ٤/ ٥٣٦، و«الاختيار» ٥/ ٥٠١.

(٣) ساقطة من (ب) و(ج).

(٤) في (ب) و(ج): (بتقدير خروجها ميتا).

(٥) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٦، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٣٠٥.

لا تعقلُ العبيدَ، والتنبيه علىٰ هذين الحكمين من الزوائدِ، ثم الجنينُ الذي قد آستبانَ بعض خلقه في حكم من تكملت صورتُه في جميعِ هٰذِه الأحكامِ؛ (لإطلاقِ النصِّ، ولأنَّه ولد في حقّ أمومية الولد، وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حقِّ هٰذِه الأحكامِ)[1]، ولأنَّه بذلك يتميز عن العلقة والدم فكان نفسًا[2].

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٤، و«الكتاب» ٣/ ١٧١، و«الاختيار» ٥/ ٥٠١.

فصل

(قال)[١]: (ومن أخرج إلىٰ طريق العامةِ روشنًا أو ميزابًا أو نحوه كان لكل منهم ٱنتزاعه، وليس لأحدٍ من أهل درب غير نافذ إحداث ذلك إلَّا بأمرهم).

أما الأول فإنَّما تثبت ولاية الأنتزاعِ لكل واحدٍ من العامةِ، لأنَّ المرورَ في هٰذا الطريقِ حقٌّ مشتركٌ لهم بأنفسِهم ودوابهم، فلكل من يثبتُ له هٰذا الحقُّ أن ينزعَه كما في الملكِ المشتركِ إذا بنىٰ فيه أحدهم شيئًا كان لكلِّ واحدٍ من الشركاءِ نقضه، كذا هٰذا[٢].

وأمَّا الثاني فليسَ لأحدٍ من أهلِ السكةِ الغير النافذةِ أنْ يحدثَ فيها روشنًا[٣] ولا ميزابًا أو كنيفًا[٤] أو دكانًا إلَّا بإذنِ أربابِ السكة؛ لأنَّ حق المرورِ لجماعتهم فكان الطريقُ مشتركًا بينهم فصار كالدارِ المشتركةِ، إلَّا أنْ يكونَ ذلكَ مما جرتْ بمثلِه العادة في السكنَىٰ كوضعِ المتاعِ ونحوهِ للإذنِ في ذلك دلالة وعدم التعدي فيه عادة[٥]، وهاتان المسألتان من الزوائدِ.

---

(١) من (ج).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٣٦-٥٣٧، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٥، و«تكملة فتح القدير» ١٠/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٣) الروشن: الرف والكوة والشرفة. «المعجم الوسيط» ١/ ٣٤٧..

(٤) الكنيف: الحظيرة والساتر والمرحاض، ويسمى الترس كنيفا، لأنه يستر صاحبه، و«المصباح المنير» ص٣٢٢ مادة كنف، و«القاموس المحيط» ص ٧٦٥ مادة كنف.

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٣٦-٥٣٧، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٥.

فروع: وإذا سقط علىٰ إنسانٍ فعطب وجبت ديتهُ علىٰ عاقلتِه، ولو سقط علىٰ غير إنسانٍ فتلف به ضمنه من مالِهِ /١٩٨أ/ أمَّا الأولُ فلأنَّه تسبب إلىٰ إتلافِه وهو متعدٍ فيه بشغلِ طريق المسلمين وهوائه بما ليس له أنْ يشغلَه به، وتجبُ الدية على العاقلةِ؛ لأنَّ العاقلةَ تتحمل الدية في الخطأِ تخفيفًا على القاتلِ مخافةَ ٱستئصالِ ماله، والتسبيب دونَ الخطأ في الجنايةِ فكانت أولىٰ بالتخفيفِ، وإن كانَ التالفُ بما يحدثه في الطريقِ غير آدمي كالأموالِ والعروضِ والحيوانِ وضمانُ ذلكَ في مال الجانِي؛ لأنَّ العاقلةَ لا تعقلُ الأموالَ، وهٰذا الحكمُ ينسحب علىٰ جميعِ فروعِ هٰذا الفصل، وقد تقدَّم هٰذا في أولِ كتابِ الجنايات، ولو أصابَهُ طرف الميزابِ الذي في الحائطِ فلا ضمانَ فيه؛ لأنَّه غير متعدٍ في ذلك؛ لأنَّ طرفه الذي في الحائطِ في ملكِه، ولو أصابهُ الطرفُ الخارجُ ضمن؛ لأنّه متعد فيه بواسطة شغلِ هواءِ الطريقِ (العامِ)[١]، وإن أصابَهُ الطرفان جميعًا أو لا يُعلم أيهما أصابه ضمن نصفَ الديةِ؛ لأنَّه ليس إضافة الموتِ إلىٰ أحدِهما أولىٰ من إضافتِه إلى الآخر في الفصلين فأضيف إليهما، فما كان فيه متعديا وجب بهِ، وما ليسَ فيه تعدٍّ لم يضمنْ فيضمنُ النصفَ. ولو ألقىٰ في الطريق ميزابا أو ٱتخذ طينًا أو ربط دابةً أو صب ماءً أو وضعَ خشبةً أو نارًا ضمن ما تلفَ بها؛ لأنَّ فعل هٰذِه الأشياءِ تعدٍّ، فصارَ كحافرِ البئرِ في غير ملكِه. ولو حركت الريحُ النارَ من موضعها إلىٰ موضعٍ آخر لم يضمنْ ما أحرقت في ذلك الموضعِ إلَّا أن يكون قد وضعَ النارَ في يومِ ريحٍ ولو نحىٰ إنسانٌ شيئًا[٢] من موضعه

(١) في (ب): (للعامة).

(٢) فىٰ (ب)، و(ج): (من هٰذِه).

فشغلَ به موضعًا آخر فعطبَ به شيءٌ فالضمانُ على الثاني؛ لأنَّه بالتنحيةِ أزالَ (أثر)[١] فعلِ الأولِ، فكانت الجنايةُ مضافةً إلى الفاعلِ الثاني، بخلافِ تحريكِ الهواءِ النارَ؛ لأنَّ الضمانُ انقطعَ عن الأولِ بانقطاعِ أثر فعلِه، ولم يمكن إضافته إلىٰ ثانٍ فسقط أصلا، بخلافِ ما إذا كانَ يوم ريحٍ؛ لأنَّ (الوضعَ)[٢] مع العلمِ بالتنقل بواسطة الريحِ الموجودة حال الوضع التزام لضمانِ ما يحدثُ منها لعلمهِ بعاقبةِ وضعه، وقد أفضىٰ إلىٰ ذلكَ فجعلَ كالمباشرِ له، وكذا صبَّ الماءِ أو رشه أو توضأً به؛ لأنَّه متعد فيه بإلحاقِ الضرر بالمارةِ، بخلافِ ما إذا فعلَ ذلكَ في سكةٍ غير نافذةٍ وهو من أهلِها، أو قعدَ أو وضع متاعه؛ لأنَّ لكل من أهلها فعلَ ذلكَ؛ لأنَّه من ضرورات السكنىٰ كما في الدارِ المشتركةِ، وإنَّما يكونُ الرشُّ مضمنًا إذا خرجَ عن العادةِ المألوفةِ فإن زاد ضمنَ، ولو تعمد المرور في موضع الرشِّ فزلق لم يضمن الرَّاشُّ؛ لأنَّه تخلل بين السببِ والحكمِ علّة، فيضاف الحكمُ إليها، وقيل: هٰذا فيما إذ رشَّ بعضَ الطريقِ، بخلافِ ما إذا رشَّ جميعَ الطريقِ؛ لأنَّه يضطرُ في المرور[٣].

قال: (ولو مال حائطٌ فطولب مالكه بنقضه وأشهد عليه، فلم ينقضه في مدة الإمكانِ فسقط ضَمِن ما تلف به).

إذا مالَ حائطُ رجلٍ إلىٰ طريق العامة، فطالبه بنقضه مسلمٌ، أو ذميٌّ، فلم ينقضه في مدة يمكنه فيها نقضه، حتىٰ سقطَ الحائطُ ضمن ما تلفَ به من

---

(١) من (ج).

(٢) في (ب): (الواضع).

(٣) «المبسوط» ٢٧/ ٦-٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥٧-٤٥٨، و«الهداية» ٤/ ٥٣٧-٥٣٨، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٢-٥٠٣، و«اللباب» ٣/ ١٦٢-١٦٣.

نفسٍ أو مالٍ فتؤدي عاقلته دية النفس، ولصاحبِ الحائطِ ضمانُ المالِ من مالِه، والقياسُ مما ينفي وجوب الضمانِ؛ لأنَّ ميلان الحائطِ وشغل هواء العامةِ ليس بفعلِه وهو ليسَ بمباشر للقتلِ، فانتفىٰ سبب القتل تسبيبًا وقصدًا فلا ضمان[١].

ووجه الاستحسانِ: أنَّ الهواء الذي هو حقٌّ مشتركٌ بين الناس صار مشغولا بحائطِه، فإذا طولب بتفريغه وجب عليه تفريغه، فإذا لم يفرغْ مع الإمكانِ صار بامتناعه متعديًا، (وقبلَ الطلبِ لم يصِرْ متعديًا)[٢]؛ لأنّ الميلان لم يكن بصنعِه، ونظيره الريحُ إذا ألقت ثوبًا إلىٰ حجر إنسانٍ فطلبه منه مالكُه، فامتنع من تسليمه إليه في مدةِ الإمكانِ حتىٰ هلك الثوبُ، فإنَّه يضمنه وإن لم يطلبه لم يضمنْ، ولو سقطَ بعد ما شرعَ في هدمِهِ من حين الطلبِ لم يضمنْ ما تلف به؛ لأنّه لم يتعد في المنعِ بعد الطلبِ، ولو باعَ الدارَ انتقلت المطالبةُ إلى المشتري؛ لأنَّه لم تبقَ له ولايةُ نقضِ الحائطِ، والمطالبة تختص بمن له ولاية الهدمِ حتىٰ لا تصح مطالبةُ المستأجرِ والمرتهنِ والمودعِ، وتصحُّ مطالبة الراهنِ لقدرته علىٰ ذلك بواسطةِ فكاك الرهنِ، وكذلك الأبُ والوصيّ والأمُّ في حائطِ الصّبي بقيام ولايتهم، والضمانُ في مالِ الصّبي؛ لأنَّ فعلهم كفعلهِ، والشرطُ في هٰذا البابِ هو المطالبةُ علىٰ ما مرَّ دونَ الإشهادِ، وإنما الإشهادُ أن يقولَ الرجلُ: اشهدوا أنّي قد تقدمت إلىٰ هٰذا الرجلِ وطالبته بنقض هٰذا الحائطِ المائل. ولا يصحُّ الإشهادُ قبل وهاء الحائطِ، فمعنىٰ

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ١٦٨، و«المبسوط» ٢٧/ ٩١٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٤١-٥٤٢، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٣.

(٢) ساقط من (ج).

قولِهِ في المتن: (وأشهد عليه) أي: وأشهد على الطلبِ بنقضهِ، ولو بنى الحائطَ مائلًا قالوا يضمنُ ما تلف بسقوطِه من غير إشهادٍ؛ لأنَّه متعدٍ في بنائه مائلًا، وإنما شرطَ الترك مدة الإمكان؛ لأنَّه لابدَّ من مدة يجعل بتركه النقض فيها جانيًا متعديًا /٩٨ب/ بالامتناعِ، وإنما قال في المتن: (فطولب)؛ ليشمل الذكر والأنثىٰ، والحرّ والمكاتب، والمسلم والذميّ؛ لأنَّ لكلٍّ منهم حقّ المرورِ في الطريقِ فتصحُّ المطالبةُ منهم[١]، ولو سقطَ الحائطُ فقتلَ إنسانًا فعثر به آخر فعطب لا يضمنه؛ لأنَّ التفريغَ إلى الأولياءِ، ولو عطبَ بالنقض ضمنَه؛ لأنَّ التفريغَ إليه، لأنَّه ملكه والإشهاد على الحائط إشهادٌ على النقض؛ لأنَّ المقصودَ الأمتناعُ عن الشغلِ[٢].

قال: (وإن مالَ إلىٰ دارِ جاره طالبه هو).

إذا مالَ الحائطُ إلىٰ دار جاره فالمطالبةُ لمن هو في تلكَ الدار مالكًا كان أو ساكنًا فيها، ولذلك أطلقَ الكلامَ في المتن، وإنَّما ٱختصَّ الجار بالمطالبةِ؛ لأنَّ الحقَّ له على الخصوصِ، وإنَّما كان للساكنِ المطالبة؛ لأنَّ له المطالبة بإزالةِ ما يشغلُ الدارَ فكذا بما يشغلُ هواها، ولو أبرأه جاره، أو أجَّله (جاز ذلك ولا ضمانَ عليه بالسقوط)[٣] من بعد؛ لأنَّ الحقّ له، ولقد تركه، بخلافِ ما لو مال الحائطُ بالطريق العامِ، فأجَّله

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ٩-١٠، و«الهداية» ٤/ ٥٤٢-٥٤٣، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٤.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٧، و«الهداية» ٤/ ٥٤٣، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٤.

(٣) غير واضح في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

القاضي أو من أشهد عليه بالطلب حيث لم يصح؛ لأنَّ الحقَّ لجماعةٍ الناسِ وليسَ للقاضي ولا للمطالبِ إبطال حقهم[١].

قال: (ولو طولب أحد خمسةٍ فخمس الدية علىٰ عاقلتِه، أو حفر أحدُ ثلاثةٍ في دارِهم بئرًا بغيرِ إذنهما فعلىٰ عاقلته ثلثاها، وقال: النصف فيهما)

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا كانت دارٌ بين خمسة نفرٍ، فطولب أحدُهم بنقض حائطِها المائلِ، وأشهد عليه فلم ينقضْ في مدة الإمكانِ حتىٰ وقعَ علىٰ إنسانٍ فمات فعلىٰ عاقلة من طولبَ منهم خمس ديته عند أبي حنيفة[٢] رَحِمَهُ اللهُ.

وقالا[٢]: عليهم نصفها.

والثانية: إذا كانت دارٌ بين ثلاثة نفر، فحفرَ أحدُهم فيها بئرًا بغير إذن شريكين، أو بنىٰ حائطًا فعطب به إنسانٌ، فعلىٰ عاقلته ثلثا الدية عند أبي حنيفة)[٢].

وقالا[٢] رحمهم الله: عليهم النصفُ أيضًا؛ لأنَّ التلف مضافٌ إلى الوقوعِ في البئرِ، وهو هدرٌ لو كان الحفر بإذنهما، ومضمونٌ على الحافرِ لو كان في غير الملك فكان الهدرُ نصفًا، والمعتبرُ نصفًا، فصار كما لو شجَّ نفسه شجة واحدةً، وشجَّه غَيرُه شجتين، كان نصفُه هدرًا، ونصفه معتبرًا.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٣، و«المبسوط» ٢٧/ ١٢-١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٦، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٢٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٥.

(٢) «الجامع الصغير» ص٥١٤، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٩١٠، و«الهداية» ٤/ ٥٤٣-٥٤٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٥.

وله: أن التلفَ مضافٌ إلى الوقوعِ في البئرِ المحفورةِ، في ملكه وملكِ شريكِيه بدون إذنهما فكان مضافًا إليه، ثم ٱنقسم علىٰ أجزائها أثلاثا؛ لأنَّ الحافرَ متعدٍ في جزأيها اللذين لشريكيهِ غير متعدٍ في جزئها الذي له، فيضمن ما تعدىٰ فيه وهو الثلثان دون ما لم يتعد فيه وهو الثلثُ، بخلافِ الشجةِ ونحوِها؛ لأنّ (كلَّ واحدةٍ منهما)[1] سببٌ صالحٌ للموتِ وبعضُه هدرٌ، وبعضُه معتبرٌ فانقسمَ باعتبارِ ذلك.

وأمَّا هٰهنا فالموجودُ سببٌ واحدٌ فانضافَ إلى المسببِ ثم ٱنقسم علىٰ أجزاءِ السببِ، وكذلك في الجدارِ المائلِ؛ لأنَّ السببَ هو ثقل الجدارِ، وهو واحدٌ فيقسم على الأجزاءِ.

قال: (ولو ماتَ فيها غمًّا فهو هدرٌ).

إذا حفرَ بئرًا في غير ملكه، فوقع فيها إنسانٌ فمات من الغمِّ.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شيءَ علىٰ عاقلة الحافرِ.

وقالا[2]: عليهم ديته؛ لأنَّ موته مضافٌ إلى الوقوعِ في البئرِ، إذ لولا ذلك لكان في فسحه عن هٰذا الغمِّ الحادثِ بالوقوعِ،

وله: أنَّ الحافرَ ليسَ بمباشرٍ لقتلهِ، ولا مسبب فيه فينتفي الضمانُ، أمَّا أنه غيرُ مباشرٍ فظاهرٌ، وأمَّا أنه غيرُ مسببٍ؛ فلأنَّه لم يمت بسبب حفر البئرِ؛ لأنَّه إنما يكون بالغاية أن لو مات بسبب السقوط إقامة لمحل التلف مقام سبب التلفِ وأنَّه معدومٌ هٰهنا لانضياف الموت إلىٰ شيء آخر لا تعلق له بالفاعلِ.

---

(١) في (ب): (كلا منهما).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ١٤-١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٣٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٧.

قال: (أو جوعًا حكم بالضمان).

إذا وقع إنسانٌ في بئرٍ ٱحتفرت بغير حقٍّ، فمات فيها جوعًا، قال أبو حنيفة[١] وأبو يوسفَ[٢] رحمهما الله: لا شيءَ علىٰ عاقلة الحافرِ.

وقال محمد رحمه الله[٣]: عليهم ديتُه؛ لأنَّه مات فيها بسببِ الوقوعِ، إذْ لولا ذلكَ لكان يظفر بالطعامِ، فلا يبلغ جوعه إلىٰ حدِّ التلفِ.

ولأبي حنيفة رحمه الله[٣]: أنَّ موتَه ليس بسببِ الوقوعِ، والضمانُ مشروطٌ به، وأبو يوسفَ[٣] رحمه الله وافق محمدًا في الأولىٰ وخالفه في الثانيةِ،

والفرقُ له: أنَّه لا سبب للغمِّ سوىٰ حصوله في البئرِ، وأنَّه بالوقوع فيها، وأمَّا الجوع فلا يختص بالبئرِ.

قال: (ولو ألقى الواقعُ فيها آخر وهو آخر وجهلت كيفيةُ موتهم يلغىٰ ثلث دية الأول، ويوجب ثلثُها على الحافرِ، وثلثُها على الثاني لا غيرَ، ونصفُ ديةِ الثاني لا غير على الأولِ، وأوجب دية الأولِ على الحافرِ، والثاني على الأولِ، ويجبُ للثالثِ على الثاني).

رجلٌ حفرَ بئرًا في قارعة الطريقِ فوقعَ فيها إنسانٌ وجرَّ إنسانًا آخر، والثاني ثالثا، ووقع بعُضعهم علىٰ بعضٍ، فماتوا ولا يعلم كيفيةُ موتهم.

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ١٤-١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٣٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٧.

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ١٤-١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥٣٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٧.

(٣) «المبسوط» ٢٧/ ١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٢، و«الهداية» ٤/ ٥٣٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٧.

قال أبو يوسفَ رَحَمَهُ اللَّهُ[(١)]: تجبُ ثلثُ دية الأولِ على الحافرِ، أي: علىٰ عاقلته، ويجب الثلثُ الآخر على الثاني والثلث (الثالث)[(٢)] هدرٌ، ويجب نصفُ ديةِ الثاني على الواقعِ الأول فقط، ونصفُهُ الثاني هدرٌ.

وقال محمدٌ رَحَمَهُ اللَّهُ[(١)]: تجبُ ديةُ الأولِ على الحافرِ كَمْلًا، وتجبُ ديةُ الثاني على الأولِ كملا، وأمَّا الثالثُ فتجب ديتُهُ على الثاني وفاقًا؛ ولهٰذا أفرده في المتنِ بقوله: (ويجب الثالث على الثاني) بصيغة غير خلافية ولم يعطفه علىٰ ما قبله؛ لأنَّ الجملتين السابقتين دليلان علىٰ قولِ أبي يوسفَ[(١)] /١٩٩أ/ وعلىٰ قول محمد رَحَمَهُ اللَّهُ -وهو القياس- أنَّ الحفرَ سببُ لهلاكِ مَنْ هلكَ فيها، فالأولُ حصل موتُه عقيبَ السببِ، فيضاف إليه؛ لكونِه سببًا ظاهرًا، والثاني حصلَ موتُه بسببِ جرِّ الأول إياه ظاهرًا، فيضافُ إليهِ، وكذلكَ جرُّ الثاني الثالثَ سببٌ ظاهرٌ لموتِهِ، فيضافُ إليه؛ لأنا لم نعلم مزاحمة سبب آخر، فيعمل بالظاهرِ.

ولأبي يوسفَ رَحَمَهُ اللَّهُ[(١)] -وهو الاستحسان- أنَّ هلاكَ الأولِ يحتملُ أن يكونَ بالوقوعِ، ويحتمل أنْ يكونَ بجرِّه الثاني علىٰ نفسِهِ، ويحتملُ أن يكونَ بجرِّ الثاني والثالثِ وإلقائه على الأولِ، فيكونُ القتلُ مضافًا إلى الحافرِ علىٰ تقديرٍ، وغير مضافٍ إليه علىٰ تقديرين، فيغرم الثلث، وهو مضاف إلى الثاني علىٰ تقدير، وغير مضاف علىٰ تقديرين، فيغرم الثلث، وهو مضاف إلىٰ فعل الأول في نفسه علىٰ تقدير، وغير مضاف علىٰ تقديرين، فيلغو الثلث؛ لأنَّ فعلَ الإنسانِ في نفسِهِ غير معتبرٍ في أحكامِ الدنيا.

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ١٨-١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٧.

(٢) في (ب): (الآخر).

وأمَّا الثاني فيحتملُ أن يكونَ موتُه مضافا إلىٰ جرِّ الثالثِ وإلقائه علىٰ نفسه، ويحتمل أن يكونَ الأولُ جرَّه فألقاهُ في البئرِ، فيجبُ النصفُ على الأولِ بهٰذا الاعتبارِ، ويلغو النصفُ نظرًا إلى الاحتمالِ الأولِ، وأمَّا الثالثَ فكلُّ ديته واجبةٌ علىٰ عاقلةِ الثاني؛ لأنَّه إنَّما هَلَكَ بجرِّه إياه وإلقائه في البئرِ لا غيرَ، وهو سببٌ ظاهرٌ لم يزاحمه غيره فأضيفَ إليه[١].

قال: (ولو حفرها عبدٌ فمات بها إنسانٌ فأعتق مع العلمِ به، ثم آخر ضمن المولى الديةَ، وولي الثاني يأخُذُ منها قدرَ قيمةِ العبدِ، وقالا: بل يضمنُ له نصفَ قيمتِهِ من غيرِها).

عبدٌ لإنسانٍ احتفر بئرًا عدوانًا، فوقع إنسانٌ فمات، فأعتقه المولىٰ مع العلمِ بموتِهِ، ثُمَّ ماتَ فيها آخرُ، كان على المولى الديةُ الكاملةُ، ثم إنَّ ولي الثاني يضربُ فيها بقدرِ قيمة العبدِ، حتىٰ لو كانت قيمتُهُ مائتا دينار، فللثانِي السدسُ، وللأولِ خمسةُ أسداسِ الديةِ[١].

وقالا[١]: يسلم لولي الجناية الأولى الدية كاملة، ويضمنُ المولىٰ لولي الثاني نصفَ قيمةِ العبدِ؛ لأنَّه اعتبر قاتلا لهما من حين الحفر، إلَّا أنَّ المولىٰ علمَ بالجنايةِ الأولىٰ، دون الثانية، (فكان)[٢] مختارًا للفداءِ في حقِّ الأولِ دون الثاني (فيدفعُ)[٣] تمامَ الدية إلى الأولِ، ونصف قيمة العبدِ إلى الثاني كما لو لم يعلم بالأولِ حين (العتق)[٤]، فإنَّه يدفع نصف القيمة إلىٰ ولي الثاني.

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ٦٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٨-٣٩٩، و«اللباب» ٣/ ١٦٦.

(٢) في (ب): (فصار). (٣) في (ب): (فيضمن).

(٤) في (ج): (العقد).

وله: أنَّ دفع الدية إلى الأولِ كدفع قيمةِ العبدِ إليه، فإنه لو لم يعلمْ بالأولِ لكان يدفعُه إلى الأولِ قدر قيمةِ العبدِ، ويشاركه الثاني فيها. ولا يكون على المولىٰ شيءٌ آخر، إلَّا أنَّه يعلمه بالأولِ صار مختارًا للفداء الأولِ، ولا يكون عليه شيءٌ آخر، فيشاركه الثاني الأول، وهو يستحقُّ قدر الديةِ، والثاني يستحقُّ قدرَ قيمة العبدِ فيضرب الأول في الدية بقدر الدية، والثاني فيها بقدرِ قيمة العبد[(١)].

قال: (والنومُ أو الجلوسُ والقيامُ في المسجدِ لغير الصلاة موجبٌ لضمانِ ما تلف به، وكذا طي حصيره ورفع قنديله من أجنبيٍّ، ويجب بحفره وبنائه فيه).

إذا دخل رجلٌ المسجدَ فنام فيه، أو جلسَ أو قامَ لغير صلاةٍ فتلف به شيءٌ ضَمِنَهُ عند أبي حنيفةَ ﷺ[(٢)]، خلافًا لهما[(٢)] وسواءٌ كان من أهلِ المسجدِ أومن غيرِ أهلِهِ هو الصحيحُ، ولهٰذا ليس لأهلِ المحلة أن يمنعوا غيرهم من الدخولِ في مسجدِهِم أو يغلقوا بَابَه عنه، ولهٰذا أطلَق الجواب في الكتابِ، وقيَّده بالأجنبيِّ في المسألة الثانيةِ، وهي ما إذا دخل (رجل)[(٣)] من غيرِ أهلِ المحلةِ بحصير إلى المسجد أو طوىٰ حصيره أو علَّق فيه قنديلا، فإنه يضمن ما تلف بذلك عند أبي حنيفة ﷺ[(٤)]، خلافا لهما[(٤)].

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ٤٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٩٨-٣٩٨، و«اللباب» ٣/ ١٦٦.

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٢٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٤١، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠١.

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ٢٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٤١، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠١.

ولو كان من أهل المحلة لم يضمن، والاتفاقُ حاصلٌ علىٰ أنه متىٰ حفرَ الأجنبيُّ في المسجدِ بئرًا أو بنىٰ فيه بناء فإنه يضمن، ولو فعلَ ذلك أحدٌ من أهلِ المسجدِ لم يضمن.

لهما: في الأولىٰ أنَّ هٰذِه الأفعال مباحة له في المسجد، فلم يكن في نومه أو جلوسه أو قيامه متعديًا، فلا يضمن كما لو كان في الصلاةِ.

وله: أنَّ المسجدَ مبنيٌّ للصلاة لا لهٰذِه الأفعالِ، فكان متعديًا بمباشرتها، وقيل: إنّما يكون الجلوس مضمنًا علىٰ قوله: إن لو كان جالسًا يشتغل بأمور الدنيا، أما لو كان جالسًا يسبح الله تعالىٰ، وينتظر الصلاةَ فحكمه حكم من هو في الصلاةِ؛ لأنَّ المسجد موضوع لذلك، قال الله تعالىٰ: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦].

ولهما: في الثانية اعتبار الأجنبي بأهل المحلةِ، والفرقُ لهما بين تعليق القنديل وطي الحصير وبين الحفر والبناء، حيث فصلا فيهما بين الأجنبي وغيره أن أهل المحلة يتنزلون من المسجد منزلة الملاك، والأجنبي منزلة المستعير؛ لكونه مأذونًا له في الدخولِ، وللمستعير أنْ يدخلَ الحصير والقنديل في الدارِ المستعارةِ، وليس له أن يبنيَ فيها، ولا أنْ يحفرَ بئرًا، (بخلاف)[1] أهل المحلة؛ لأنَّهم كالملاكِ /٩٩ب/ فلهم ذلك ولهِ أنه فعل ذلك في بقعةٍ، غيره من أهلها أحقُّ بتدبير ذلك فيها، فكان فعله مشروطًا بالسلامةِ، كما لو فعل ذلك في منزلِ غيره، وفعل أهل المحلة لذلك مطلقٌ لتنزلهم منزلة الملاك[2].

---

(١) في (ج): (خلا).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٢٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، و«الهداية» ٤/ ٥٤١، و«فتح القدير» ١٠/ ٣١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠١، و«درر الحكام» ٢/ ١١٠.

قال: (ويضمن الراكبُ ما أوطأت الدابةُ بيدها ورجلها أو كدمت أو صدمت لا ما نفحت برجلها أو ذنبها أو تلف بروثها سائرة أو واقفة له).

راكب الدابةِ إما أن يكون سائرًا بها في ملكِ نفسه فلا يضمنُ بما يتولد من سيرها وحركاتها إلَّا الوطء؛ لأنَّ ذلك تصرفٌ منه في ملك نفسه فلم يكنْ متعديًا، فلم يكن مشروطًا بالسلامةِ كحافرِ البئر في ملكه، إلَّا أنَّ الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاكِ بثقله، ولهٰذا وجبت عليه الكفارةُ في الوطءِ دون غيره. وإن كانَ سائرًا بها في ملك غيره فإنه يضمن ما جنت الدابةُ واقفًا كان أو سائرًا بوطئها ونفحها[1] وكدمها؛ لأنَّه بإشغاله ملك غيره متعد، سواء كان سائرًا أو واقفا حتىٰ لو كانَ مأذونا له في ذلك، من قِبلِ المالكِ، ينزل بمنزلةِ ملك نفسه، فإنْ كان في طريق العامة -وهي مسألة الكتاب- فإنه يضمنُ ما أوطأت بيدها أو رِجلها أو كدمتْ أو صدمتْ أو أصابتْ برأسِها أو خبطت، ولا يضمنُ ما نفحت بذنبها ولا برجلها، والأصلُ أن المرورَ في الطريق حقهُ وحقُّ العامة؛ لأنَّه مشتركٌ بينهم جميعًا، فكانت الإباحةُ مقيدةً بشرط السلامةِ، أمَّا الإباحةُ فباعتبارِ حق نفسِه، وأمَّا اشتراط السلامة فلحقِّ غيره نظرًا للجانبين، فيشترط السلامةُ فيما يمكنُ التحرز عنه لا فيما لا يمكن.

فالإيطاء وأخواته مما يمكن الاحترازُ عنه؛ لأنَّ ذلك بمرأىٰ من عينه، وأمّا النفحة فلا يمكن التحرزُ (عنها حالةَ السير؛ لأنّها ليست بمرأىٰ منه، فلم يُشترط فيها السلامةُ، فإنْ أوقفها فنفحت ضمن؛ لأنَّه يمكن التحرزُ)[2]

---

(١) نفحت الدابة نفحًا ضربت بحافرها. «المصباح المنير» ص٣٦٥ مادة نفح.

(٢) ساقط من (ب).

عنه؛ لعدمِ الإيقافِ.

وإنْ راثت في الطريقِ وهي سائرةٌ أو واقفةٌ لذلك فلا ضمانَ عليه فيما تلف بذلكَ؛ لعدمِ إمكان التحرزِ.

أمَّا حالة السير فظاهر، وأمَّا حالة الإيقاف كذلك فلأنَّ من الدواب ما لا يروث حتىٰ يقف، وفي التقييد بقولِه: (أو واقفةٌ له) دليلٌ علىٰ أنّه لو أوقفها لغير ذلك فإنه يضمن لإمكانِ التحرزِ عن ذلكَ؛ لعدمِ الإيقافِ - والتنبيه علىٰ هٰذا التفصيل من الزوائدِ - فإنَّ القدوري أطلق علىٰ عدم الضمانِ[1].

فروع: باب المسجدِ في الإيقافِ فيه كالطريقِ، فلو جعلَ الإمامُ للمسلمين موضعًا يوقفون فيه الدوابَّ عندَ بابِ المسجدِ فلا ضمانَ فيما حدثَ من الإيقافِ فيه، وكذلكَ وقوفُ الدوابِّ في السوقِ التي تباعُ فيه، الإذن من ذلكَ من قِبَلِ السلطانِ، وكذلكَ الفلاة إذا لم يكن واقفًا في المحجة؛ لأنّ الوقوفَ في الفلاةِ لا يضرُّ بالناسِ، إذا لم يكنْ في المحجةِ، فإنَّ المحجةَ[2] كالطريقِ[3].

قال: (والقائدُ ما أصابت بيدها دون رجلها، والسائقُ ما أصابتْ بهما، وقيل: كالقائدِ في الأصحِّ).

القائدُ مرفوعٌ عطفًا على الراكبِ، وكذلك السائقُ أيضًا، أي: ويضمن السائقُ كما يضمن القائدُ، وهٰذا القولُ والتنبيه علىٰ صحتهِ من الزوائدِ.

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ٨٨-٨٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٣، ٦/ ٤٠١، و«الهداية» ٤/ ٥٤٤، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٦-٤٠٧، و«درر الحكام» ٢/ ١١١-١١٢.

(٢) المحجة الطريق المستقيم. «المعجم الوسيط» ١/ ١٥٧ مادة حج.

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥٦، و«درر الحكام» ٢/ ١١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٧.

أمَّا القائدُ فإنَّه يضمن ما أوطأت بيدها دون رجلها؛ لأنَّه يمكنه التحرزُ (عنه)[١] في الوطءِ دونَ النفحةِ بالرجلِ؛ لأنَّ الأول بمرأىٰ منه دون الثاني، فكان كالراكبِ، وأمَّا السائقُ فوجه القولِ الأولِ الذي ذكره القدوري وهو الضمان بما أصابتْ بهما جميعًا: أنَّهما بمرأىٰ من السائقِ فيمكنه الاحترازُ عنه بتحذير الناس عنها والتحذيرِ منها، ووجه الأصحِّ الذي مال إليه أكثرُ المشايخِ أنه ليسَ علىٰ رجلِها ما يمنعها من النفحة، وإن كانت بمرأىٰ من عينه فلا يمكن التحرز عنها[٢].

فروع: وإذا وطئت دابةُ الراكبِ بيدها ورجلها تعلَّق بذلِكَ حرمانُ الميراثِ والوصيةِ ووجبت الكفارةُ؛ لأنَّه مباشرٌ، والكفارةُ إنما تجبُ على المباشرِ، وكذلك حرمان الميراثِ والوصيةِ[٣]، ولو نخسها رجلٌ فأصابتْ على الفور رجلًا ضمن الناخسُ لإضافةِ هٰذِه الإصابةِ إلى النخسة؛ لعدم تخلل ما يقطع النسبة إليها مع جريانِ العادةِ بالنفحةِ والوثبةِ عند النخس، والراكب مضطرٌ في ذلكَ، فلم (يكن هٰذا)[٤] الحادث مضافًا إلىٰ سيره، فصارَ الناخسُ هو المسببُ، (ولو سقط الراكبُ ضمنه الناخس أيضا، ولو قتلت الدابةُ الناخسَ)[٥] فهو هدرٌ؛ لأنَّ ذلك مضافٌ إلىٰ فعلِه فصار كما لو ألقىٰ نفسَه في بئرٍ، ولو أمره

---

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٤٥، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٢٧، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٨، و«درر الحكام» ٢/ ١١٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٣، و«المبسوط» ٢٦/ ١٩٠، و«الهداية» ٤/ ٥٤٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٧-٤٠٨.

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) ساقط من (ب).

الراكبُ بالنخسِ ضمن الراكب لصحةِ أمرِه، ولو نفرت عن حجر وضعه آخرُ في الطريقِ، فالواضعُ هو الضامنُ وينزلُ منزلةَ الناخسِ[١].

قال: (وقائدُ قطار ما أوطأ).

هٰذا معطوفٌ علىٰ ما سبقَ، أي: يضمنُ قائدُ القطارِ ما أوطأَ القطارُ كلُّه؛ لأنَّ عليه ضبطَهُ وحفظَهُ وصيانتَهُ عن الوطءِ والصدمةِ[٢].

قال: (فإنْ كان معه سائقٌ ضمنًا).

لأنَّ السائقَ سائقٌ لكلِّه /١٠٠أ/ وكذا القائدُ بحكمِ الأتصالِ فيستويان[٣][٤].

قال: (ونوجب دية كلٍّ من المصطدَمَيْنِ علىٰ عاقلةِ الآخرِ لا نصفها).

إذا اصطدمَ فارسان فماتَا فديةُ كلٍّ منهما علىٰ عاقلةِ الآخرِ[٥].

وقال الشافعيُّ[٦] رَحِمَهُ اللهُ: نصفُ ديةِ كلٍّ منهما علىٰ عاقلةِ الآخرِ؛

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٤٩، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٥، و«درر الحكام» ٢/ ١١٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٨.

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥٥-٤٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٤٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٠٨.

(٣) «المبسوط» ٢٦/ ١٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٥٦، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٩، و«اللباب» ٣/ ١٦٤.

(٤) في (ج): (فتستوفيان).

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١٩٠، و«الهداية» ٤/ ٥٤٦، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٥، و«اللباب» ٣/ ١٦٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٠.

(٦) «الأم» ٦/ ٨٥، و«المهذب» ٢/ ١٩٥، و«الوجيز» ٢/ ١٥١، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ١٦٣.

لحصولِ تلف كلٍّ منهما بفعلِهِ وفعل صاحبِهِ، فيسقط ما تلفَ بفعله، ويجبُ ما كان بفعلِ الآخر، كما لو جرحَ نفسه وجرحه آخر فإنّه يجب نصف الضمانِ إذا ماتَ منهما.

ولنا[١]: أن التلفَ مضافٌ إليهما بالتسبيب لا بالمباشرةِ، والتسبيبُ يعتمدُ وصفَ التعدي. ومشي كلٍّ (واحدٍ)[٢] منهما بالنسبة إلىٰ نفسه مباح[٣] فلم يتصف فعله في حقِّ نفسه؛ لكونِه عدوانًا، فلم يكن التلفُ مضافًا إليه؛ لعدمِ شرط الاَنضيافِ، وأمَّا في حقِّ غيرِهِ فمشيه مباحٌ، لٰكن مشروطٌ بالسلامةِ، فإذا لم يتحقق الشرطُ ٱرتفعتِ الإباحةُ، فكان مشيُه في حقِّه عدوانًا؛ لأنَّ فعلَ المكلفِ لا يخلو عن هذين الأمرين، فكان فِعْلُهُ في حقِّ نفسِهِ مباحًا وفي حقِّ غيره محظورًا، فكانَ تلف غيرِه مضافًا إليه، وتلفُ نفسِهِ مضافًا إلىٰ صاحبه؛ لوجود شرط الاَنضيافِ إلىٰ كلٍّ منهما في حقِّ غيره لا في حقِّ نفسِهِ، وصار كالماشي مع الحافرِ، فإنّ التلفَ حاصلٌ بفعلهما وهو الحفرُ والمشي، إلَّا أنَّ المشيَ لما كان مباحًا أضيف التلف إلى الحافرِ؛ لكونِ الحفرِ محظورًا، وإن كان حاصلًا منهما، بخلاف ما لو جرحَ نفسه وجرحه غيره؛ لأنَّ التلفَ يضافُ إلى الفعلِ الواقعِ مباشرةً، ولا تتوقف إضافةُ التلفِ إلى المباشرِ علىٰ وقوعه محظورًا، والموجودُ منهما في مسألتنا التسبيب، والإضافة متوقفةٌ على ٱنضيافهِ بالحظر فافترقا[١].

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ١٩٠، و«الهداية» ٤/ ٥٤٦، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٥، و«اللباب» ٣/ ١٦٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٠.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (مضاف).

قال: (وورثوا كلا من الزوجين من دية الآخر).

أحد الزوجين يرثُ من دية الزوجِ الآخرِ[(١)].

وقال مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يرث منها؛ لأنها بدلُ نفسِهِ، ولا حقَّ لأحدِهما في نفسِ الآخرِ بعد ٱرتفاعِ الزوجية بالموتِ، بخلاف المالِ؛ لثبوت حقِّ كلٍّ منهما في تركةِ الآخرِ بالنصِّ.

ولنا[(١)]: ما رويَ أنَّه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ ورَّث ٱمرأةَ أُشيم الصبابي من عقل زوجِها أشيم[(٢)]؛ ولأنّ الديةَ من التركةِ أيضًا، ولهٰذا يقضي منها ديونَهُ وينفذ وصاياه ويرثها أقاربه فكذا أحدُ الزوجين[(٣)].

قال: (وتضمنه قيمة جمل صال عليه فقتله).

إذا صالَ الجملُ علىٰ إنسانٍ فقتله ذلك الإنسانُ دفعًا ضمن قيمته.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٤)]: لا يضمنُ؛ لأنّه محمولٌ علىٰ قتله من جهته، فيكونُ القتلُ مضافًا إلى الجملِ معنىٰ بمنزلةِ المكره، فإنّ القتلَ يضافُ إليه، وإن وجد من المكرهِ صورة بواسطة كونِه مضطرًا إليهِ بالإكراه فكانَ كالآلة، وصار كصيدِ الحرم إذا صالَ على الحلالِ فقتله، وكالسبعِ إذا صال على المحرمِ عندكم.

---

(١) «المبسوط» ٣٠/ ٤٩.

(٢) رواه أبو داود (٢٩٢٧)، والترمذي (١٤١٥)، وأحمد ٣/ ٤٥٢، وقال الترمذي: حسن صحيح.
وانظر ترجمة أشيم في «أسد الغابة» ١/ ١١٩ (١٨٦)، و«الإصابة» ١/ ٥٢ (١٠٧).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٥/ ٢١٠-٢١١، و«وسائل الإسلاف» ص٦٦٦، و«إيثار الإنصاف» ص٨٠٢.

(٤) «الأم» ٦/ ١٧٧، و«المهذب» ٢/ ٢٢٦، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٩١، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٤٠٧.

ولنا[1]: أنَّ عصمةَ هٰذِه الدابةِ ليسِ لذاتِها، بل لحقِّ مالِكِهَا فتدوم عصمتُها بدوامه، وحقُّه لا يسقط بصيالها بل يبَاحُ له إتلافُهَا حالَ الصيالِ بالقيمةِ لا قبله، وصار كتناول المضطر خبزَ غيرِه يباحُ حالة المخمصةِ بالقيمة، وقبله لا يباحُ بخلافِ صيد الحرم؛ لأنّ حرمته لذاته، والجزاء واجبٌ حقًا له، فإذا صالَ بطلت حرمته وجعل الدابة قاتلة لنفسها قبل تحقيقه، وليس هٰذا كالمكره، فإنَّه يحصلُ مقصودُهُ باستعمالِ المكرَهِ، والدابةُ هنا لم تستعمل الإنسانَ في قتلِ نفسها، بل هو قاتِلُهَا قصدًا؛ دفعًا لأذاها عنه، فلا تبطل عصمة مالكها بذلك.

فصلٌ: في جناية العبدِ والجنايةِ عليه

قال: (إذا جنى العبدُ خطأً فإن شاءَ مولاه دفعه إلى الولي فيملكُه، وإلَّا فداه بالأرشِ حالا).

إذا جنى العبدُ جنايةً خطأ قيل لمولاه: إمَّا أن تدفعه إلىٰ ولي الجناية، وإمَّا أن تفديه، فإن دفعه (إليه)[2] ملكه ولي الجناية، وإن ٱختارَ الفداءَ فداه بأرشِ الجناية، وسواء كانت الجنايةُ علىٰ حرٍّ أو علىٰ عبدٍ في النَّفسِ أو في ما دونها قل الأرش أو كثر، لما رُوي عن ابن عباسٍ ﵄ قال: إذا جنى العبدُ فمولاه بالخيار، إن شاءَ دفعه وإن شاءَ فداه، ولأن الأصلَ في الجنايةِ على الآدمي خطأً أنْ تجبَ الدية على العاقلةِ؛ تحرزا عن ٱستئصالِ الخطأِ والإجحافِ به؛ لكونِه معذورًا، حيثُ لم يتعمد الجنايةَ، وعاقلةُ العبدِ مولاه، فإنَّ العبدَ يستنصر به، وهو الأصلُ فيه (بحيث

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٥/ ٢١٠-٢١١، و«وسائل الإسلاف» ص٦٦٦، و«إيثار الإنصاف» ص٨٠٢.

(٢) من (ب)، و(ج).

وجب)[١] علىٰ أهل الديوان، بخلاف الذمي؛ لأنّ أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة، فيجبُ في الذمَّةِ صيانةً عن إهدارِ الدَّم، وبخلاف الجنايةِ على المالِ؛ (لأنَّ العواقلَ لا تعقل المالَ)[٢]، إلَّا أنَّ في تخيير المولىٰ نوعَ تخفيفٍ كيلا يستأصل، والواجبُ في الأصلِ هو الدفعِ في الأصحِّ، وله حقُّ الانتقالِ إلى الفداء كما في مالِ الزكاةِ، وفي لفظ الكتاب ما يدلُّ عليه، حيثُ قال: (وإلا فداه بالأرشِ)، ولم (يستوِ)[٣] /١٠٠ب/ الخيار بين الأمرين، وإذا دفعه إلىٰ ولي الجناية ملكه الولي، وإنْ فداه فداه بأرشِ الجنايةِ، وكل ذلكَ يلزمه حالًّا[٤]، والتنبيه عليه من الزوائدِ.

أما في الدفعِ؛ فلأنَّ التأجيل[٥] في الأعمال باطلٌ، وهو عند اختيارِ دفعه (الواجبِ)[٦] عين.

وأمَّا الفداءُ فهو بدلٌ عن العبدِ شرعًا، وإن كان مقدرًا بالتالف، ولهذا سُمِّيَ فداءً فيقومُ مقامَه فيأخذُ حكمَهُ، فوجب حالًّا كالمبدلِ، وإنّهما فعلُ المولىٰ فلا شيءَ لوليِّ الجنايةِ غيرُ ذلكَ، أمَّا الدَّفعُ فلتعلق حقِّه بالعبدِ، فإذا خلَّىٰ بينه وبين رقبته سقطت مطالبتُهُ عن المولىٰ. وأمَّا الفداءُ فلأن المولىٰ لا حقَّ لهُ إلَّا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلَّمَ العبدَ له، فإن لم يختر شيئا حتىٰ مات العبدُ سقط حقُّ المجنِي عليه؛ لفوات محلِّ حقِّه،

---

(١) في (ب): (حتىٰ تجب).

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (ينف).

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ٢٦، و«الهداية» ٤/ ٥٥٠-٥٥١، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٦، و«اللباب» ٣/ ١٦٥.

(٥) في (ب): (التعجيل).

(٦) من (ب).

وإن ماتَ بعد ٱختيار المولى الفداء لم يسقط؛ لتحول الحقِّ إلىٰ ذمَّةِ المولىٰ[١].

قال: (فإن جنىٰ ثانيًا عاد الحكم).

يعني (بعد)[٢] أن فداه المولىٰ، أي: يخير المولىٰ بين دفعه إلىٰ ولي الجناية الثانية أو فدائه بأرشها؛ لأنّه لما فداه عن الأولِ ظهر العبدُ عنها، وجعلت الجناية كأن لم تكنْ، وهٰذِه جنايةٌ مبتدأةٌ وكذلك الحكمُ في ثالثٍ ورابعٍ[٣].

قال: (أو أكثر من واحدة خيِّر (بين)[٢] دفعه إلى الأولياء يقتسمونه بقدر حقوقهم أو فدائه بأروشهم).

إذا جنى العبدُ أكثرَ من جنايةٍ واحدةٍ، أي: قبلَ الفداءِ، وإنَّما لم يقل جنايتين؛ لأنَّ في تعريفِ حكمِ الجمعِ تعريفُ حكمِ المثنىٰ؛ لأنّه أشملُ، وهٰذا اللفظ يعمهما خُيِّر مولاه، إنْ شاءَ دفعَه إلىٰ أولياءِ تلك الجنايات فيقتسمونهُ بينهم علىٰ مقدار حقوقهم، أي: مقدار الأروش. وإمَّا أنْ يفديه المولىٰ بجيمع الأروش؛ لأنَّ تعلُّقَ الجنايةِ الأولَىٰ برقبته لا يمنعُ تَعَلُّقَ الثانيةِ؛ كالديونِ التي يتبع بعضُهَا بعضًا، ألا تَرىٰ أن ملك المولىٰ لم يكنْ مانعًا من تعلقِ الجناية، فحقّ المجني عليه الأول أولىٰ؛ لعدمِ المنعِ[٣].

---

(١) «المبسوط» ٢٦/٢٧، و«الهداية» ٤/ ٥٥٠-٥٥١، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٦، و«اللباب» ٣/ ١٦٥.

(٢) من (ب)، و(ج).

(٣) «الهداية» ٤/ ٥٥١، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٨، و«اللباب» ٣/ ١٦٥.

قال: (ولو أعتقَهُ أو باعَهُ أو وهبه (أو دبَّره)[(١)]، أو ٱستولدها قبل العلمِ بها ضمِن الأقلَّ من القيمةِ والأرشِ، أو بعده ضمِن الأرشَ).

إذا أعتق المولى العبدَ أو وهبه أو باعه أو دبَّره، أو ٱستولد الأمةَ قبل العلم بالجناية ضمن الأقلَّ من قيمة الأرش[(٢)] ومن أرش الجناية؛ لأنَّه فوَّتَ حقَّه بما صنع فيضمنه، وحقه في أقلهما، ولا يصير بذلك مختارًا للفداء؛ لأنَّ الاختيارَ يستلزمُ سبق العلم، وإن علم بالجناية وأخرجه عن ملكه يأخذُ هٰذِه الأشياءَ ضِمْن الأرشِ؛ لأنَّه صار مختارًا للفداء[(٣)]؛ لأنَّ الإعتاقَ يمنع منَ الدَّفعِ إليه، فالإقدامُ عليه ٱختيارٌ للفداءِ، وكذا أخواتُ الإعتاقِ؛ لأنَّ كلًّا منها[(٤)] مانعٌ من دفعه إلى الولي؛ لزوال الملك به، وإطلاقُ الجواب ينتظم النَّفْسَ وما دونها، وإطلاقُ البيعِ ينتظمُ البيعَ بشرطِ الخيارِ للمشتري؛ لأنَّه مما يزيلُ الملكَ، بخلافِ ما إذا كان للبائع ونقضه؛ لأنَّ الملكَ لا يزولُ بِهِ، ولو باع بيعًا فاسدًا فلا يصير مختارًا إلَّا بالتسليم؛ لأنَّ زوال الملك فِيهِ بالقبض علىٰ ما مرَّ في البيوع، ولو باعه من المجني عليه فهو مختارٌ للفداء، بخلاف الهبةِ منه، والفرقُ أن ٱستحقاقَه في أخْذِهِ بغير عوضٍ، وهو حاصلٌ في الهبة دون البيعِ[(٥)].

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (العبد).

(٣) من (ب)، و(ج).

(٤) في (ب): (منهما).

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٥٢، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٤١٨-٤١٩، و«اللباب» ٣/ ١٦٦.

قال: (وما جعلناه بالإجارةِ والرَّهنِ والعرضِ على البيعِ والإقرارِ بعدَه مختارًا للفداء).

إذا علم المولىٰ بالجناية، فأجَّر العبدَ أو رهنَهُ أو عرضَهُ للبيعِ أو أَقَرَّ بِهِ لِغَيْرِهِ، فهو علىٰ خياره، إن شاءَ دفعه بالجنايةِ وإن شاءَ فداه[١].

وقال زفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: هو بذلكَ مختارٌ للفداء؛ لأنّ هٰذِه الأشياءَ دليلٌ إمساكِ العبد، فيصير (به)[٣] مختارًا للفداءِ كما في التدبيرِ والاستيلادِ.

ولنَا[٤]: أنّ هٰذِه التصرفاتِ قابلةٌ للنقضِ، فلم يثبت بها الاختيارُ، بخلافِ التدبير والاستيلاد؛ لعدمِ قبولهما النقضَ، وأمّا الإقرار فله فيه أنَّ العبدَ لهُ ظاهرٌ، فإذا أَقَرَّ به لغيره فقد امتنعَ عليه دفعه في الجناية فكان مختارًا للفداء بذلك[٤].

ولنا: أنَّ المقرَّ له إن كَذَّبَهُ في الإقْرارِ التحق الإقرارُ بعدمه، والعبدُ جانٍ علىٰ ملكه، فثبت الخيارُ للمولىٰ، وإن صدّقه في الإقرارِ كان العبدُ جانيًا علىٰ ملكِ المقرِّ له، (فيثبتُ الخيار للمقرِّ له)[٥]؛ لأنَّ الجاني عبده[٦].

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨، و«درر الحكام» ٥/ ١١٥.

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٥، و«المبسوط» ٢٧/ ٤١.

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٠٥-٥٥٣، و«الهداية» ٤/ ٥٥٢، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨.

(٥) ساقطة من (ب).

(٦) «المبسوط» ٢٧/ ٤١.

قال: (ولو علَّق عتقه بقتلِ زيدٍ فقتله خطأً، جعلناه مختارًا له، وألزمناه الدية لا القيمةَ).

إذا قال المولىٰ لعبده: إن قتلت فلانًا فأنت حرٌّ. فقتله العبدُ خطأً يصير مختارًا للفداءِ، وعليه الديةُ[١].

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: لا يصير مختارًا (للفداءِ)[٣]، وعليه القيمةُ؛ لأنَّه لم يوجد منه الٱختيارُ بعد الجنايةِ. ألا ترىٰ أنه لو علَّقَ طلاقًا أو عِتَاقًا بشرطٍ، ثم حلف لا يطلِّقَ أو لا يعتق فوجد الشرطُ، لم يحنث في يمينه تلك. كذا هٰذا.

ولنا[٢]: أنه وجد منه؛ لأنَّ المعلَّقَ بالشرطِ كالمرسلِ عند وجودِه، فكأنه قال بعد العلمِ بالقتل: أنت حرٌّ. فتلزمه الدية، ألا ترىٰ أنه لو قالَ لامرأته: إن دخلتِ الدارَ فوالله لا أقربك يصير[٤] ٱبتداءُ الإيلاءِ من حين الدخول، وكذا إن مرضتُ، فأنت طالقٌ ثلاثا، فمرضَ حتىٰ طلقت ثلاثا، ومات من ذلك المرض يصير فارًّا؛ لأنَّه يصير مطلقًا /١٠١أ/ من حين وجودِ المرضِ بخلاف ما ٱستشهدَ به[٢]؛ لأنَّ مرادَهُ طلاقٌ أو عتقٌ يمكنه الٱمتناعُ عنه؛ إذ اليمينُ للمنعِ، فلا يدخلُ تحته مالا يمكنه الٱمتناعُ عنه، ولأنَّه حرَّضه علىٰ مباشرةِ الشرط بتعليقِ أقوى الدواعي إليه، والظاهرُ الإقدامُ عليه، فقامت دلالةُ الٱختيارِ.

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥٥٣، و«درر الحكام» ٢/ ١١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٢١.

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٥٢-٥٥٣، و«درر الحكام» ٢/ ١١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٢١.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (تعين).

قال: (والمفلسُ إذا ٱختارَهُ لا يجبرُ على الدفعِ).

عبدُ المفلسِ إذا جنىٰ جنايةً خطأً، فاختار مولاه الفداءَ. قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: لا يجبرُ على الدفعِ.

وقالا[1]: يجبرُ علىٰ دفعِ العبدِ. وهٰذِه من فروعِ ٱختلافهم في تحقُّقِ الإفلاسِ وعدمِهِ، فعندهما[1] يتحقَّقُ الإفلاسُ، وعنده[1] لا يتحقَّقُ.

قال: (ولو جنىٰ مكاتبٌ، فلم يقضِ بشيءٍ حتَّىٰ جنىٰ أخرىٰ، أوجبنا قيمةً واحدةً لا ثنتين).

المكاتبُ إذا قتل ٱثنين خطأً، ولم يكنِ القاضي قضىٰ للأوَّلِ بالقيمةِ حتىٰ قَتَلَ الثاني لم تجبْ إلَّا قيمةٌ واحدةٌ[2].

وقال زفر رحمه الله[2]: تجبُ قيمتان، في كلِّ قتلٍ قيمةٌ؛ لأن بالجناية الأولىٰ وجبتِ القيمةُ في رقبته؛ لتعذرِ الدفعِ بواسطة الكتابة فوجدت الثانية، وليست الرقبةُ مشغولةً بحقِّ الدفعِ فوجب الدفعُ؛ لأنه الموجبُ الأصلي، فإذا تعذَّر وجبتُ القيمةُ كما لو سبق القضاءُ بالقيمةِ في الأولىٰ.

ولنا[2]: أنه لم يقعِ اليأسُ عن الدفع في الأولىٰ قبل القضاءِ لجواز عجزِ المكاتب، فكان عند الجنايةِ الثانيةِ كأنه مستحقُ الدفعِ واستحقاقُهُ لا يتكرَّرُ، فيجب الدفعُ إليهما مرةً واحدةً، وقد يُعزرُ للكتابة فيجبُ دفعُ قيمةٍ واحدةٍ إليهما؛ لقيام القيمةِ مقامَ العبدِ، بخلاف ما لو سبق القضاءُ بالقيمة لحصولِ اليأسِ عن الدفعِ؛ ولهٰذا لو عجز بعدَ القضاءِ بها لا يدفعُ، فإذا

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٤، و«المبسوط» ٢٧/ ٣٦-٣٧، و«الهداية» ٤/ ٥٥١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٤، و«المبسوط» ٢٧/ ٣٦-٣٧، و«بدائع الصنائع» ٤/ ٢٣٠-٢٣١، و«الهداية» ٤/ ٥٥١.

أنتقلَ الموجبُ الأصلي إلى القيمةِ بالقضاءِ وجب بالثانيةِ قيمةٌ أخرىٰ لوجودها، واليأسُ غيرُ حاصلٍ عن الموجبِ الأصليِّ وهو الدفعُ؛ ولهٰذا لو عجز يدفعُ إلى الثاني، فصار الدفعُ كالمستحقِّ، فإذا تعذَّرَ وجبتِ القيمةُ.

قال: (وألزمنا مولى المدبَّرِ قيمةً واحدةً (عن جناياتِهِ).

المدبَّرُ إذا جنىٰ جنايةً أو ثنتين أو ثلاثةً أو أكثرَ كان على المولىٰ قيمةٌ واحدةٌ)[١][٢].

وقال زفر رحمه الله[٢]: عليه لكلِّ جنايةٍ قيمةٌ واحدةٌ؛ لأنَّ قيمةَ الجنايةِ الأولىٰ تجبُ في ذمَّةِ المولىٰ لتعذُّرِ دفعه بسبب التدبير الذي هو فِعْلُهُ، فكان المدبَّرُ غيرَ مشغولٍ بالدَّيْنِ عند الجنايةِ الثانية، فيصيرُ الدَّيْنُ مستحقًّا بالثانية، وقد منعه المولىٰ بسبب تدبيرِهِ السابق، فيلزمُهُ قيمته[٣] وهلم جرًّا فيما يتبعها من الجناياتِ.

ولنا[٤]: أنَّ المولىٰ لم يحبسْ أولًا عن أولياء الجنايات بسببِ التدبيرِ إلَّا رقبةً واحدةً، فلا تلزمُهُ إلَّا قيمةٌ واحدةٌ.

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص٣٤٧، ٤٠٠، و«المبسوط» ٢٧/ ٧٠-٧١، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠-٥٦١، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٦٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤١.

(٣) في (ب): (بسببه).

(٤) «الجامع الكبير» ص٣٤٧، ٤٠٠، و«المبسوط» ٢٧/ ٧٠-٧١، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠-٥٦١، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤١.

قال: (ولو قَتَلَ خطأً وآخرَ عمدًا فعفا أحدُ وليِّي العمدِ فقيمتُهُ مقسومةٌ ثلثين لوليِّ الأولىٰ، وثلثًا لشريك العافي وقالا: أرباعًا).

إذا قتل المدبَّرُ رجلًا خطأً ثم قتل آخرَ عمدًا، وللمقتول عمدًا وليَّان فعفا أحدُهُما فبطل نصيبُهُ، وانقلب نصيبُ الآخرِ مالًا وضمن المولىٰ قيمةَ المدبَّرِ قسِّمتِ القيمةُ بين الأولياءِ أثلاثًا عند أبي حنيفة[1] رحمه الله بالعولِ والمضاربةِ، ثلثين لوليِّ الجنايةِ الأولىٰ، وثلثًا لشريكِ العافي.

وقالا[1]: تُقسَّمُ أرباعًا بالمنازعةِ، ثلاثةُ الأرباعِ لوليِّ الأولىٰ، وربعٌ لشريكِ العافي، وعلىٰ هٰذا لو كان القاتلُ عبدًا فدفعه مولاه كيف تقسَّمُ؟ (وعلىٰ هٰذا ما مرَّ في كتاب المأذون، عبدٌ بين رجلين أدانَه أحدُهُما مائةً وأجنبي مائةً فبيع بمائةٍ كيف تقسم)؟[2]

وههنا مسائلُ أخر الخلاف فيها علىٰ عكس هٰذا:

أحدُها: ٱثنان تنازعا في دارٍ يَدَّعِي أحدُهُما نصفها والآخرُ الكلَّ، وأقام كلٌّ منهما بَيِّنَةً قُسِّمتْ بينهما أرباعًا عنده[1] بالعولِ، وعندهما[1] أثلاثًا بالمنازعةِ.

والثانيةُ: إذا أوصىٰ بكلِّ عبده لرجلٍ، ولأخر بنصفه وهو يخرج من الثلث، (كيف يقسَّمُ بينهما؟[3]).

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ٧٥-٧٦، و«الهداية» ٤/ ٥٥٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣١.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٢٨/ ١١٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢٨٨-٢٨٩، و«الهداية» ٤/ ٥٨٨، و«الاختيار» ٥/ ٥٣٣.

الثالثة: إذا أوصىٰ بكلِّ مالِهِ لإنسانٍ ولآخرَ بنصفه)[١]، وأجازت الورثةُ، كيف يقسَّمُ؟ فهو علىٰ هٰذا الخلاف. وقد وقع الاتفاقُ في مسائلَ كثيرةٍ علىٰ أنَّ القسمةَ بالعولِ والمضاربةِ، منها مسائل الفرائض إذا ضاقت التركة عن سهام ذوي الفروض[٢].

ومنها: إذا ماتَ وتركَ ألفًا، وعليه لرجلٍ ألفٌ، ولآخر ألفان فإنها تقسَّمُ أثلاثًا. ومنها: إذا أوصىٰ بثلثِ مالِهِ لرجلٍ، وبربعِهِ لآخرَ، فالقسمةُ بالعولِ[٣].

(ومنها: مدبرٌ قتل رجلًا خطأ، وقطع يَدَ آخر، وضمن المولىٰ قيمتَهُ فإنها تقسَّمُ بالعول[٤])[٥].

ومنها: العبدُ إذا قتلَ خطأً، وقطع يدَ آخر، ودفعَ مولاه[٦].

ومنها: مسألةُ الزيادات: إذا أوصىٰ لامرأته بجميعِ مالِهِ، ولأجنبيٍّ بجميع ماله ولا وارثَ سواها ثمَّ ماتَ فإنه يدفعُ إلى الأجنبيِّ الثلث؛ لوجوبِ تقديم الإيصاءِ بالثلثِ على الميراثِ وعلى الوصيةِ للوارث، ثمَّ يدفعُ إلى المرأةِ ربعُ الباقي؛ إذ الميراثُ مقدَّمٌ على الوصيةِ للوارثِ، وعلى الوصيةِ بما زادَ على الثلثِ، فاحتيجَ إلىٰ حسابٍ له ثلثٌ وربعٌ،

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «المبسوط» ٢٨/١١٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٨/٢٨٨-٢٨٩، و«الهداية» ٤/٥٨٨، و«الاختيار» ٥/٥٣٣.

(٣) «المبسوط» ٢٨/١١٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٨/٢٨٥، و«البحر الرائق» ٨/٤٦٦-٤٦٧، و«المستجمع شرح المجمع» ٣/٨٦٩.

(٤) «الشرح الكبير» ص٤٠١، و«بدائع الصنائع» ٤/٢٣١، و«الهداية» ٤/٥٦٠-٥٦١.

(٥) من (ب)، و(ج).

(٦) «المبسوط» ٢٧/٢٦-٢٧، و«الهداية» ٤/٥٥١، و«الاختيار» ٥/٥٠٦-٥٠٧.

وأقلُّهُ ٱثنا عشر: أربعةٌ للأجنبيِّ وربعُ الباقي[١] سهمان للمرأة، والستَّةُ الباقيةُ بينهما علىٰ طريق العولِ إجماعًا، لٰكن فيه ٱختلاف من وجهٍ آخر وهو أنَّ الأجنبيَّ يضربُ ثمانية عندهما؛ /١٠١ب/ لأنَّه الموصَىٰ له بجميعِ المالِ فقد وصلتْ إليه أربعة، والسهمان اللذان للمرأةِ يستحقُّ (الأجنبيُّ الضربَ بهما؛ لأنَّ المرأةَ أجازتِ الوصيةَ، فأمَّا المرأةُ تضرب بستَّةٍ؛ لأنها تستحقُّ)[٢] الضربَ بما أخذت من الربعِ، ولا تستحقُّ الأربعةَ التي أخذها الأجنبيُّ؛ لأنها لا تستحقها بإجازة الموصي له، فتضرب هي بستَّةٍ، وهو بثمانية، وبينهما موافقةٌ بالنصفِ، فيرد[٣] كلُّ واحدٍ منهما إليه فصار للأجنبيِّ أربعةٌ ولها ثلاثةٌ، وهي سبعةٌ، فتضرب سبعة في أصل المسألة[٤]، وهو ٱثنا عشر تكون أربعةً وثمانين، فمن ذلك تخرج المسألةُ. وعنده يضرب الأجنبيُّ بستةٍ أيضًا؛ لأنه لا يستحقُّ ما أخذته المرأةُ لأنها ٱستحقت السهمين بالأصلِ، فبقي حقُّه في ستَّةٍ وحقُّها في ستَّةٍ، فكان الباقي بينهما نصفين، وتخرج المسألة من ٱثني عشر.

هٰذا ومسألة أخرىٰ تقسَّمُ بالمنازعةِ بلا خلاف، وهي مسألةُ «الجامع الكبير»[٥] إذا باع عبد غيره من رجلٍ بغيرِ أمرِ مولاه، وباع من آخر نصفَهُ بغير أمرِهِ أيضًا، ثم أجاز المولى العقدَين، قُسِّمَ العبدُ بين المشتريين بطريق المنازعةِ إذا ٱختار الآخذ[٦] ربعَهُ لمشتري النصفِ، وثلاثةَ أرباعِهِ لمشتري الكلِّ.

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٤٣٣، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٤٢٨، و«المستجمع» ٣/ ٨٥١.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ج): (فنزل).

(٤) في (ب)، (ج): (المال).

(٥) «الجامع الكبير» ص ٢٨١.

(٦) في (ب)، (ج): (آخذ).

لهما: في المسائلِ الأول أنَّ العفوَ في المسألتين الأوليين، وسقوطَ الدين في نصيبه في مسألةِ المأذون حكمٌ شرعيٌّ ميزَّ أحد النصفين عن الآخر، فصار كلُّ نصفٍ كأنه عينٌ علىٰ حدةٍ، فسُلِّمَ أحدُ النصفين لصاحبِ الكلِّ، وبقي النصفُ الآخر مشتركًا بينهما، وصار كمسألةِ الجامعِ بخلاف المسائل الثلاث الأُخَر؛ لأنه لم يوجدْ دليلٌ يميّزُ أحدَ النصفين عن الآخر، فإنَّ بينةَ مدعي نصفِ الدارِ توجبُ ٱستحقاقَهُ في النصف شائعًا، فما من جزءٍ منها إلَّا وبيِّنتُهُ توجبُ ٱستحقاقَ نصفهَ، فتجبُ قسمةُ كلِّ جزءٍ علىٰ قدرِ حقِّهما. وكذا مسألتا الوصيةِ.

وله: أن أولياءَ الجنايةِ في المسألة الأولىٰ لا حقَّ لهم في قيمةِ المدبَّرِ، وإنما حقُّهم في بدلِ المتلفِ، وهو ديةُ كلِّ القتيل[١] (ونصف القتيل)[٢] إلَّا إنهم يستحقُّون بذلك الضربَ في قيمة المدبَّرِ، فكانت القيمةُ فارغةً عن حقوقهم، إلَّا أنَّ حقَّ أحدِهما أكثرُ، وحقُّ الآخر (أقلُّ، فيستحقُّون بقدر حقوقهم، ألا ترىٰ أنه لو كان في المحلِّ تسعةٌ، أخذ كلُّ واحدٍ منهم جميعَ حقِّهِ، وصار كمسألة دينِ)[٣] الألفِ والألفين، وكما في المواريث؛ فإنه يثبت الاستحقاقُ بشيءٍ مقدَّرٍ وهو الربعُ أو النصفُ، ثم يستحق بذلك الضرب في شيءٍ من التركةِ. ومسألةُ الوصيةِ بالربعِ والثلثِ كذلك بخلافِ المسائلِ الثلاثِ الأخر؛ لأنَّ في مسألةِ الدارِ البينة أوجبت ٱستحقاقَ عينِ الدارِ أو نصفها، فلا حقَّ لصاحب النصفِ فيما وراءَ النصف، وكذا في مسألةِ الوصيةِ بنصف العبدِ وبكلِّه، وبنصفِ المال وكلِّه، بخلافِ الوصيةِ بالثلثِ والربعِ؛ لأنه لم يضفْ إلىٰ شيءٍ بعينه.

---

(١) في (ب): (القتل). (٢) من (ب).

(٣) ساقط من (ج).

قال: (ويضمنُ في المدبَّر وأمِّ الولد الأقلَّ من قيمتهما، ومن الأرشِ).

لما رُوِيَ أن أبا عبيدة بن الجراح[١] ﷺ قضىٰ بجنايةِ المدبَّرِ علىٰ مولاه[٢]، وهو أميرُ الشامِ بمحضرٍ من الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ؛ ولأن المولىٰ بواسطةِ التدبيرِ والاستيلاد صار مانعًا من التسليم في الجنايةِ من غيرِ اختيارِ الفداءِ فينزلُ منزلةَ ما إذا دبَّره وهو لا يعلمُ بالجنايةِ، وإنما يلزمها الأقلُّ؛ لأنَّ الأرشَ إن كان أقلَّ فلا حقَّ لوليِّ الجناية غير الأرشِ، وإن كانت القيمةُ أقلَّ فلم يتلفْ بالتدبير إلَّا الرقبة[٣].

قال: (فإن عادَ فجنىٰ وقد دفعَ القيمةَ إلى الأوَّلِ بقضاءٍ شاركه وليُّ الثانيةِ).

وهٰذا لأنَّ جناياتِ المدبَّرِ لا تجبُ بها إلَّا قيمة واحدة علىٰ ما مرَّ؛ لأنه لم يمنعْ بالتدبيرِ إلَّا رقبةً واحدةً، والضمانُ يتعلقُ بالمنع[٤]، فصار كأنه دبَّرَهُ بعد الجنايات[٥]، ويشاركُ الثاني الأولَ فيما أخذ، فيقاسمه بقدرِ حقِّهِ[٥].

---

(١) أبو عبيدة بن الجراح: قيل ٱسمه عامر بن عبد الله بن الجراح، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، شهد بدرًا وأحدًا، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ، وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، توفي في طاعون عِمْواس سنة ثماني عشرة، وصلىٰ عليه معاذ بن جبل. انظر ترجمته في «معرفة الصحابة» ١/ ١٤٨ (١٠)، و«الاستيعاب» ٤/ ٢٧٢ (٣١٠٨)، و«الإصابة» ٢/ ٢٥٢ (٤٤٠٠).

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٥/ ٣٩٦ (٢٧٣١٧).

(٣) «الهداية» ٤/ ٥٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٦٣.

(٤) في (ب): (بالمنافع).

(٥) «الجامع الكبير» ص٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص٢٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨.

قال: (أو بغيره، فالثاني يرجعُ على الأوَّلِ أو على المولىٰ ثم يرجعُ (المولىٰ)[(١)] عليه، وقالا: لا شيءَ على المولىٰ).

إذا دفع القيمةَ بغيرِ قضاءِ القاضي إلىٰ وليِّ الجنايةِ الأولىٰ، فوليُّ الجنايةِ الثانيةِ مخيَّرٌ، إنْ شاءَ رجع على الوليِّ الأولِ وإن شاء رجع على المولىٰ، ليرجع المولىٰ على الأوَّلِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[(٢)].

وقالا[(٢)]: ليس على المولىٰ (شيءٌ؛ لأن المولىٰ)[(١)] حين دفعَ القيمةَ إلى الوليِّ لم تكن الجنايةُ الثانيةُ موجودةً، فقد دفع كلَّ الحقِّ إلىٰ مستحقيهِ[(٣)] فلم يبقَ عليه شيءٌ، وصار كما لو دفع بقضاءِ القاضي.

وله أنَّ الجناياتِ يستندُ ضمانُها إلى التدبيرِ الذي صار مانعًا عن الموجبِ الأصليِّ وهو الدفع، فكأنَّه دبر بعدَ الجناياتِ، فتتعلقُ حقوقُ أولياءِ الجناياتِ بالقيمة[(٤)]، فإذا دفعها بقضاءِ القاضي إلى الأوَّلِ فقد (زالتْ يدُهُ عنها بغير ٱختياره، فلم يلزمْهُ ضمانُها، وإذا دفعها بغير قضاءِ القاضي فقد)[(٥)] سلم إلى الأولِ ما تعلَّقَ به حقُّ الثاني فيثبت له تضمين أيهما شاء، أما المولىٰ فلأنه جنىٰ بالدفع إلىٰ غيرِ مستحقِّهِ، وأمَّا (الولي)[(١)] الأولُ فلأنه قبضَ حقَّهُ ظلمًا، وصار كالوصيِّ إذا دفع التركةَ إلى الغرماءِ، ثم ظهر غريمٌ آخر، /١٠٢أ/ فإن دفعَ التركةِ بقضاءٍ شارك

---

(١) من (ب).

(٢) «الجامع الكبير» ص٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص٢٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨.

(٣) في (ب): (المستحق).

(٤) في (ب): (بالقسمة).

(٥) ساقط من (ب).

الغريمُ الآخرُ الغرماءَ فيما قبضوه، وإن دفع بغيرِ قضاءٍ إن شاء رجعَ على الوصيِّ، وإن شاء شارك الغرماءَ، كذا هٰذا، وإنما يرجعُ المولىٰ على الأول إذا أتبعه الثاني؛ لأنه سلَّم إليه غيرَ حقِّه، وإن شارك الأول لم يرجعْ علىٰ أحدٍ؛ لأن حاصلَ الضمانِ عليه[1].

قال: (وجنايةُ المغصوبِ علىٰ مولاه معتبرةٌ وعلى الغاصبِ هدرٌ).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا جنى العبدُ المغصوبُ علىٰ مولاه جنايةً موجبةً للمالِ أو علىٰ مالِ مولاه، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: تجبُ للمالكِ على الغاصبِ قيمةُ الجاني إلَّا أنْ يكون الأرشُ أو قيمةُ المتلف من المالِ أقلَّ فيجبُ الأقلُّ وملْكُه مقررٌ[3] عليه.

وقالا[2]: (جنايته عليه)[4] وعلىٰ مالِهِ هدرٌ؛ لأنها لو ٱعتبرت أدىٰ إلى التنافي والتضادِ؛ لأنها جنايةٌ على المالك، فيكون المولىٰ دافعًا لعبدِهِ أو قيمته إلىٰ نفسه، فيكون مملكًا ومتملكًا، ولأنَّ ٱعتبارَ ذلك (العبد)[5] لا يفيدُ المولىٰ شيئًا لم يكنْ له من قبل؛ لأن ملْكَهُ فيه وفي قيمتِهِ متقررٌ، وصار كما لو جنىٰ عليه قبلَ الغصبِ أو هو وديعةٌ.

---

(١) «الجامع الكبير» ص٣٤٦، و«مختصر الطحاوي» ص٢٥٦، و«الهداية» ٤/ ٥٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٨.

(٢) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٧، و«المبسوط» ٢٧/ ٥٥-٥٦.

(٣) في (ب) و(ج): (مقدر).

(٤) في (ج): (لا جناية عليه).

(٥) من (ج).

وله[١]: أنها جنايةٌ حاصلةٌ من مغصوبٍ علىٰ أجنبيٍّ حكمًا، فوجب ٱعتبارُهَا قياسًا على الأجنبيِّ حقيقةً وحكمًا؛ وهٰذا لأنَّ الغاصبَ في حقِّ المغصوبِ جُعِلَ بمنزلةِ المالكِ، والمولىٰ بمنزلةِ الأجنبيِّ، ألا ترىٰ أنه لو جنىٰ علىٰ أجنبيٍّ يكونُ قرارُ الضمانِ على الغاصب لا على المالكِ، ولا تضادَّ ولا تنافي؛ لأن المخاطبَ بإقامة حكم الجنايةِ هو الغاصب، فإنه مأمورٌ بدفع ما هو الأقل من قيمتهِ ومن الأرشِ؛ لأنه عجزَ عن دفعه لعدم الفائدة في الدفعِ، فتعين الأقلُّ كما في المدبَّرِ إذا جنىٰ، فيكون الغاصبُ مملكًا والمالكُ متملكًا، والفائدة ظاهرةٌ، وهو تملك المولى الأقلَّ من قيمته و(من)[٢] الأرش ولم يكن له تملكُ ذلك من قبل، وصار كما إذا جنى العبدُ علىٰ أجنبيٍّ فرضي بأخذِ ما هو الأقلُّ منهما من الغاصبِ ولم يطلب الدفعَ من المولىٰ، فإنَّ على الغاصبِ أن يؤدي الأقلَّ منهما إليه، ويطهر العبدَ عن الجنايةِ، فكذا المولىٰ يطالبه بما هو الأقلُّ منهما لتنزُّلِه منزلة الأجنبيِّ.

المسألة الثانية: إذا جنى المغصوبُ علىٰ غاصبهِ أو علىٰ ماله[٣] فهي هدرٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[١].

وقالا[١]: هي معتبرةٌ ويخاطب المولىٰ بالدفعِ أو الفداءِ؛ لأنها حاصلةٌ من مملوكٍ علىٰ أجنبيٍّ حقيقة فتعتبر كما لو كانت قبل الغصب أو علىٰ أجنبيٍّ آخر غيره، وهٰذا لأن ملكَ المولىٰ قائمٌ فيه بعد الغصبِ كما هو قبله فكان أجنبيًّا مطلقًا، فإن قيل: ٱعتبارُها غيرُ مفيد لقرار الضمانِ

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٦٧، و«المبسوط» ٢٧/ ٥٥-٥٦.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): (مولاه).

على الغاصبِ كما لو جنى العبدُ علىٰ أجنبيٍّ آخر. قلنا: بل هو مفيدٌ. أمَّا إذا دفعه إليه فإنه يملكه ويؤدي القيمةَ الواجبةَ عليه بغصبِه، وقد يكون مرغوبًا فيه للغاصبِ فيكون كشرائه من المولىٰ، وأما إذا فداهُ مولاه بعشرةِ آلافٍ فإنه يرجع على الغاصبِ بقيمة العبدِ لا بالفداءِ، فإن كانت قيمتُه أقلَّ سلم له ما زاد عليها، وإن كانت مساويةً أو أكثرَ فإنه يرجع عليه بعشرةِ آلافٍ إلَّا عشرة لا بقيمتهِ بالغةً ما بلغت، فيستفيد بتلك الزيادةِ. وله أنها جنايةٌ حاصلةٌ علىٰ مالكِه حكمًا فتعتبر بمالكِه حقيقةً وحكمًا، فيجب إهدارُها؛ لما مرَّ في المسألةِ الأولىٰ.

فإن قيل: قد بيَّنَّا فائدة الٱعتبار فتعتبر.

قلنا: ولئن أفادَ إلَّا أن الإهدارَ واجبٌ لمكان المنافاةِ، فإن المملوكية تنافي حدوثَ حقٍّ للمالكِ على المملوكِ، ألا ترىٰ أن المنافاةَ بين ملكي اليمين والنكاح (منعت جوازَ)[1] تزوجِ المولىٰ بالمكاتبةِ مع ٱستفادة الحلِّ به لو ثبت، وكذا منعت ثبوت الدينِ للمولىٰ على العبدِ مع ٱستفادته الشركة مع الغرماءِ في ثمنه إذا بيع في ديون المولىٰ إذا كان قد ٱستهلكَ مال المولىٰ، فكذا هٰهنا[2].

قال: (ولو قَتَلَ عند الغاصبِ خطأ فردَّه فقَتَلَ آخر عند المولىٰ فاختار دفعهَ بهما، ورجع على الغاصبِ بنصف قيمتهِ أمره به بتملكه وأمراه بدفعِه إلىٰ ولي الأولىٰ وبالرجوع ثانيًا بمثله لنفسِه)[3].

---

(١) في (ب): (تمنع ثبوت جواز).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٥٥-٥٦.

رجلٌ غصبَ عبدًا فَقَتَلَ عنده إنسانًا خطأ، ثم ردَّه علىٰ مولاه فقَتَلَ عند (مولاه)[١] آخر، واختار المولىٰ دفعَه إلىٰ ولي الجنايتين فاقتسماه بينهما، فإنه يرجعُ على الغاصبِ بنصفِ قيمتِه فيدفعُه إلىٰ ولي الجنايةِ الأولىٰ عند أبي حنيفة[٢] وأبي يوسفَ[٢] رحمهما الله، ثم يرجع مرةً أخرىٰ عليه بنصفِ قيمتِه فيسلم له.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: لا يدفعُ النصفَ الأول إلىٰ ولي الجنايةِ الأولىٰ، ولكنه يسلم له؛ لأنَّ ذلك بدلُ نصفِ العبد المدفوعِ إلىٰ ولي (الأولىٰ)[٣]، فلو دفعه إليه لاجتمع البدلان في ملكٍ واحدٍ، وهٰذا لأنَّ الولي إنما يرجع على الغاصبِ بنصفِ قيمتِهِ؛ (لأن نصفَ العبدِ ٱستحقَّ عليه بجنايةٍ كانت في ضمان الغاصبِ فيرجع بقيمةِ)[٤] ذلك النصفِ، فكانت بدلًا عنه ضرورةً، فامتنع دفعُها إليه ولهما أن حقَّ الأولِ في كلِّ العبدِ؛ ولهٰذا يدُفعُ كلُّه إليه بالجنايةِ الموجودةِ عند الغاصبِ لولا الثانية، ويرجع المولىٰ عليه بكلِّ قيمته /١٠٢ب/ فإذا زاحمه وليُّ الثانيةِ فأخذ نصفَه بقي حقُّه في نصفه، فإذا رجعَ على الغاصبِ بقيمةِ ما دفع إلىٰ وليِّ الأولىٰ[٥] بجنايةٍ وجدت منه حالَ الغصبةِ[٦] فقد حصلَ له شيءٌ من بدلِه، فإن كان الأولُ يستحقه كلَّه، وأنه فارغٌ من حق آخر فكان له أخذُه؛ لأنه بدلُ ما يستحقه، وأما ٱجتماعُ البدلين فنقول: ما أخذَه المولىٰ من الغاصبِ أولًا بدلٌ عن

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٥٣-٥٤، و«الهداية» ٤/ ٥٦١-٥٦٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٣.

(٣) في (ج): (الأول).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب)، (ج): (الأول).

(٦) في (ب)، (ج): (الغصب).

الوقوعِ بجنايتهِ عند الغاصبِ فيما بينه وبينه، وبدلٌ عن القتيلِ في حقِّ ولي الجنايةِ الأولىٰ، ولا يمتنع كونُ الشيءِ الواحدِ بدلًا عن عينٍ في حقِّ شخصٍ وبدلًا عن شيءٍ آخر في حقِّ غيره، كذميٍّ باع خمرًا وقضىٰ بثمنه دينًا لمسلمٍ عليه فإنه يجوزُ، والمأخوذُ بدلُ الخمرِ في حقِّ الذمي وبدلُ الدينِ في حقِّ المسلمِ، وإنما يرجع المولىٰ بما أخذه وليُّ الجناية الأولىٰ منه على الغاصبِ ثانيًا؛ لأنَّ المولىٰ لحقته هٰذِه الغرامةُ بسبب الجنايةِ الواقعةِ في يد الغاصبِ، فكأنه كان مستحقًا من الأصل لوليِّ الأولىٰ على الغاصبِ، فصارَ كأن المولىٰ لم يقبضه، وصار كما لو أدى الغاصبُ القيمةَ من مالِ غيره فاستحقها المالكُ، فإن المولىٰ يرجع عليه بمثلِها، كذا هٰهنا.

قال: (ولو ٱشترىٰ عبدًا فقتل قبل القبض عمدًا، فإن أمضاه فله القصاص، وإن فسخَ فهو للبائع، ويوجب القيمةَ للبائع في الفسخ وأوجبها في الحالين).

رجلٌ ٱشترىٰ عبدًا فقتل قبل قبضِهِ عمدًا ففيه القصاصُ للمشتري إن أمضى البيعَ، وللبائع إن فسخَهُ المشتري عند أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه دمٌ معصومٌ على التأبيد أهريق في دار الإسلامِ فوجب القصاصُ، فإن أمضى المشتري البيعَ كان هو المالكُ فيستوفيه، وإن فسخَه عاد إلىٰ ملكِ البائع فيستوفيه كأن العقدَ لم يوجد.

وقال أبو يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للمشتري القصاصُ إن أمضى البيعَ، وإن فسخَهُ فالقيمةُ للبائعِ دون القصاصِ، ولما ٱختصَّ الخلافُ بهٰذا الطرف

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٣، و«تبين الحقائق» ٦/ ١٦١.

سكت عن الأولىٰ ليعلم بالسكوتِ عنه موافقتُهُ للإمامِ فيه، ووجه ذلك أن المشتري بإمضاءِ البيع تقرَّر ملكُه في العبدِ، ولا شبهة تسقط (القصاص)[١] فوجبَ، وأما في طرفِ الفسخ فالعبدُ وإن عاد إلىٰ ملكِ البائعِ، لكنه حين الجنايةِ لم يكن (ملكًا)[٢] له حقيقةً بل كان للمشتري ما ورثَ ذلك شبهة مسقطة للقصاصِ فوجبت القيمةُ.

وقال محمد[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تجب القيمةُ للمشتري إن أمضى البيعَ، وللبائع إن فسخَ؛ لأنَّ الشبهةَ متحققةٌ في الوجهين باعتبار أن القتلَ حين وجد لم يكن المستوفي للقصاصِ متعينًا، وعدم (التعينِ)[٤] يقتضي عدمَ وجوبِ القصاصِ للجهلِ، وإذا تخلف المدلولُ عن الدليلِ ثبتت شبهةُ المدلولِ.

قال: (ومن قتل عبدًا خطأ كانت قيمتُه على العاقلةِ ولا يزادُ علىٰ عشرةِ آلافٍ إلَّا عشرة، وفي الأمةِ علىٰ خمسةِ آلافٍ إلَّا عشرة، ونوجبها في ماله بالغةً ما بلغت كالمغصوبِ).

لأبي يوسف[٥]، وهو قول الشافعي[٦] رحمهما الله أنها جنايةٌ على المالِ فتجب القيمةُ غير مقدرة كالبهائم، وهٰذا لأنَّ الواجبَ للمولىٰ،

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (مالكًا).

(٣) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٣، و«تبين الحقائق» ٦/ ١٦١.

(٤) في (ب): (التعيين).

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٦١-٥٦٢، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٥.

(٦) «الأم» ٦/ ١٠٦، و«المهذب» ٢/ ٢١٢، و«الوجيز» ٢/ ١٤١، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٢١، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٠/ ٢٨٢.

والمولىٰ يملكُه من حيث الماليةِ، فيكون الواجبُ بدلَ الماليةِ كالمغصوب.

وعن عليٍّ وابن عمرَ ﷺ مثل مذهبه، ولهما قوله تعالىٰ: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] مطلقًا، وهي اسمٌ لما يجب في مقابلةِ الآدمية، ولأنها جنايةٌ علىٰ نفس آدميٍّ فلا يزاد علىٰ عشرةِ آلافٍ وتتحملها العاقلةُ كالحرِّ، ولأن ما في العبدِ من المعاني موجودةٌ في الحرِّ مع زيادة الحرية، فإذا لم تجب في الحرِّ زيادةٌ على الديةِ فأولىٰ أن لا يزادَ في العبدِ مع نقصانه عنه، ولأنَّ فيه معنى الآدميةِ، ولهٰذا كان مكلفًا وفيه معنى الماليةِ، والجمعُ بينهما متعذرٌ، والآدميةُ أعلىٰ فهي أولىٰ بالاعتبارِ بخلاف البهائمِ لكونها مالًا محضًا، وبخلاف الغصبِ؛ لأنَّ الغصبَ إنما يرد)[1] على المالِ، فكان الواجبُ بمقابلة المالِ فيجب بالغًا ما بلغَ[2].

وعن ابن مسعودٍ ﷺ مثل مذهبهما، وحكم المغصوبِ من الزوائد، وأما قليلُ القيمةِ فالواجب مقابلة الآدمي[3] أيضًا غير أنه لا نصَّ فيه فقدَّرنا ذلك بقيمتهِ بالرأي؛ لأنه هو الأعدلُ، وأما إذا زادت قيمتُه علىٰ عشرةِ آلافٍ ففيه نصٌّ، وهو ما عين في الحرِّ شرعًا إلَّا أنا نقصنا العبدَ من دية الحرِّ إظهارًا لشرف الحريةِ وحطًّا لرتبة العبوديةِ عنها، وإنما قدَّرنا ذلك بعشرةٍ لما ورد فيه عن ابن عباسٍ ﷺ، ولأنه مقدارٌ يُستباحُ به الفرجُ واليدُ في السرقةِ فكان مالًا ذا خطرٍ فقدَّرناهُ به[2].

---

(١) ساقط من (ج).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٥٧، و«الاختيار» ٥/ ٥٠٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٥.

(٣) في (ب) و(ج): (الآدمية).

قال: (ويقدر من القيمةِ ما يقدر من الديةِ، ولا يزادُ في يد العبدِ علىٰ خمسةِ آلافٍ إلَّا خمسة، وتجب في مالِ الجاني).

لأن الواجبَ في نفسه عشرةُ آلافٍ إلَّا عشرة، واليدُ نصفُ الآدميِّ فيجب منها نصفُ ما يجب في النفسِ، وإنما يجب ضمانُ الطرفِ في مال الجاني بالإجماعِ[1]؛ لأن ما دون النفسِ من العبدِ ضمانه ضمانُ الأموالِ، وبهذا قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[1] في قوله الآخر، وهو قول محمدٍ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ /١٠٣أ/ أن ضمانَ طرفِه لا يقدَّر بالديةِ، ولكن يقوَّم مجنيًّا عليه وغير مجنيٍّ عليه، فيضمن[2] فصلَ ما بين القيمتين؛ لأنَّ ضمانَ الأموالِ لا يقدر ولكن يجبُ بقدرِ النقصانِ.

وأما علىٰ قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1] وهو المذكورُ في المتنِ، وهو قول أبي يوسفَ[1] أولًا؛ لأنَّ الأطرافَ ملحقةٌ بالنفوسِ باعتبار أن إتلافَها إتلافٌ لها، وملحقة بالأموال باعتبار أنها مخلوقةٌ لمصالحها، فثبت فيها معنى الماليةِ في الأحرار[3]، ومعنى الماليةِ في العبدِ أظهرُ، ومعنىٰ إلحاقِ الطرف بالنفسِ فيه قائم أيضًا، فلم يجز إخلاؤه عن معنى النفسيةِ فقلنا من جهةِ ظهور معنى الماليةِ في أجزاءِ العبدِ فارق طرفه طرف الحرِّ، فأوجبنا ضمانَ طرفِ الحرِّ على العاقلةِ، وما أوجبنا ضمانَ طرفِ العبدِ عليهم، وكان الضمانُ مقدرًا كما سبق لقيام معنى النفسيةِ من وجهٍ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الهداية» ٤/ ٥٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٥١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٦.

(٢) في (ب)، (ج): (فيقوَّم).

(٣) في (ج): (الإقرار).

وروى الحسنُ[١] عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ[١] أنه سوىٰ بين ما يُقصد به الزينةُ (وبين ما يُقصد به المنفعةُ في أنه مقدرٌ.

ورویٰ أبو يوسفَ[٢] عنه أنه فرَّق بين ما يُقصد به المنفعةُ وبين ما يُقصد به الزينةُ؛ لأن المقصودَ في العبد[٣] هو المنفعةُ)[٤]، فحصلَ ضمانُ ما هو المقصود مقدرًا لا غير[٥]، والله أعلم.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٣، و«الهداية» ٤/ ٥٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٥١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٣٦.

(٢) «المبسوط» ٢٦/ ٧٢.

(٣) في (ج): (القصد).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) «المبسوط» ٢٨/ ٧٢.

فصل في القسامةِ

وهي مصدر أقسم قسامةً؛ سُمِّيَ بها هٰذا البابُ لأن مبناهُ على الأيمانِ في الدمِ وهي مشروعةٌ فيه بالإجماع[١].

قال: (وإذا وُجد قتيلٌ في محلةٍ وبه أثرٌ أو كان دمُه يسيلُ من عينه أو أذنِه، أو وُجد بدنُه أو أكثرُه أو نصفُه مع الرأسِ ولا يعلم قاتلُه، وادَّعىٰ وليُّه قتله علىٰ أهلها أو علىٰ بعضِهم عمدًا أو خطأً ولا بينة يختارُ منهم خمسين رجلًا أحرارًا بالغين عقلاء يحلفون باللهِ ما قتلناهُ ولا عرفنا قاتلَهُ، ثم يقضي بالديةِ عليهم، ويكرر إن نقضوا، فإن نكلوا حبسوا ليقرُّوا أو يحلفوا ويحكم بها لنكولِهم، ولا نبدأ بيمين الوليِّ إذا كان لوث ليحكم له بها إن حلفَ وعليهم إن نكلوا، وبالبراءةِ إن حلفوا ولا حكموا له بالقود إن ٱدّعى العمدَ وحلف مع اللوثِ).

إنما شرط الأثر لأنَّه إذا لم يكن به أثرٌ فليس بقتيلٍ عرفًا، فإن القتيلَ هو من فاتت حياتُه بسببِ مباشرة حيٍّ، وهٰذا ميتٌ حتفَ أنفِه، والغرامةُ من توابع فعلِ العبدِ، والقسامةُ تابعةٌ لاحتمال (القتل)[٢]، فلابد من أثرٍ يستدلُ به علىٰ كونه قتيلًا، والاثرُ جراحة أو أثرُ ضربٍ أو خنقٌ، وكذا إذا خرجَ الدمُ من عينه أو أذنِه؛ لأنَّ الدمَ لا يخرجِ منهما (إلا بفعل من

---

(١) «الاختيار» ٥/ ٥١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٥-٤٤٦.

(٢) في (ج): (القتيل).

جهة الحيِّ)[١] عادةً[٢]، بخلافِ ما إذا خرجَ من فمه أو دبرِهِ أو ذكره؛ لأن الدمَ يخرج من هٰذِه الأعضاءِ للميتِ عادةً، فلم يكن أثرَ فعل القاتلِ، وكذلك إذا وُجدَ بدنُ القتيلِ أو أكثرُ البدنِ، أو وجد نصفُه مع الرأسِ؛ لقيام الأكثرِ مقامَ الكلِّ تعظيمًا للآدمي، وإن وجدَ نصفُه مشقوقًا بالطولِ أو وجد أقلُّ من النصفِ مع الرأسِ، أو وجد يدُه أو رجلُه أو رأسُه، فلا شيءَ علىٰ مَن وُجِدَ عندهم؛ لأنَّ هٰذا حكمٌ عرفَ بالنصِّ، وقد ورد[٣] في البدنِ وأكثره كله حكمًا، وأقلُّه ليس ببدنٍ حقيقة ولا حكمًا[٤].

ولو ٱعتبرناه تتكرر القسامةُ والديةُ في مقابلةِ نفسٍ واحدةٍ، وأنه غيرُ مشروعٍ، وإنما شرط عدم العلم بالقاتلِ؛ لأنه إذا عُلِمَ قاتلُه سقطت القسامةُ، وتعلق الحقُّ بعين القاتلِ، وإنما شرط دعوى الولي؛ لأنَّ الحقَّ له فتشترط دعواه[٥].

وأما علىٰ جميع أهلِ المحلَّةِ أو علىٰ بعضهم إما بوصفِ العمدِ أو بوصف الخطأ، وإنما شرط عدم البينة[٦]؛ لأنَّ البينةَ إذا كانت قائمةً فلا قسامةَ أيضًا، وإنما قال: يختار -أي: الولي- إشارةً إلىٰ أن تعيينَ

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٧، و«الهداية» ٤/ ٥٦٤-٥٦٥، و«الاختيار» ٥/ ٥١٠-٥١١، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٠-١٢١.

(٣) في (ب): (مرَّ).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٨، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩-٣٨١، و«الاختيار» ٥/ ٥١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٧-٣٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١١٤-١١٥، و«الهداية» ٤/ ٥٦٧.

(٦) في (ب): (النية).

الخمسين إلى الوليِّ؛ لأن اليمينَ حقُّه، والظاهرُ أنه يختار مَن يتهمَه بالقتلِ أو يختار أصلحَ أهلِ المحلة ممن يتحرز عن اليمينِ الكاذبةِ، وفائدةُ ذلك أنهم إن لم يكونوا باشروا القتلَ لصلاحهم لكنهم إن علموا بقاتلِه لا يكتمونه، وإن لم يعلموا فالفائدةُ في يمينهم على العلمِ أبلغُ من يمين غيرِ الصالحِ.

والحصرُ في هٰذا العددِ واجبٌ بالسنة في هٰذا الباب، وقد وردت به الأخبارُ حتىٰ لو نقص عددُهم عن الخمسين يكرر اليمينُ حتىٰ يتم العددُ، بذلك قضىٰ عمر ﷺ حين وافىٰ إليه تسعةٌ وأربعون رجلًا فكرر اليمين علىٰ رجلٍ منهم حتىٰ تمت خمسين ثمَّ قضىٰ بالديةِ[(١)(٢)].

ولما كان هٰذا العددُ واجبًا بالسُّنَّةِ وجب إثباته مهما أمكن من غير نظرٍ إلىٰ فائدةِ العددِ علىٰ أنَّ فيه تعظيمَ أمرِ الدمِ، ولو أراد الوليُّ بعد كمالِ العددِ أن يكررَ علىٰ أحدهم اليمينَ ليس له ذلك؛ لأن المصيرَ إلى التكرارِ كان لمعنىٰ إكمال العددِ، فلا يشرع مع كماله، وإنما شرط في الحالفين أن يكونوا رجالًا أحرارًا بالغين عقلاء؛ لأن المرأةَ والعبدَ ليسا من أهلِ النصرةِ /١٠٣ب/ واليمين علىٰ أهلها، والصبيُّ والمجنونُ ليسا من أهل الأقوالِ الصحيحة، فليسا من أهل اليمينِ فيحلفون باللهِ ما قتلناه ولا عرفنا له قاتلًا، فإذا حلفوا قضىٰ بالديةِ عليهم. يعني: علىٰ عاقلتِهم[(٣)].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٧-٣٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١٠٦-١٠٨، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٧٣، و«الاختيار» ٥/ ٥١٢.

(٢) عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣٩٥ لابن أبي شيبة في «المصنف».

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١١١، و«الهداية» ٤/ ٥٦٦، و«الاختيار» ٥/ ٥١٣.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: إذا وُجِدَ القتيل في محلةٍ فادعى الوليُّ بدأ بيمينه خمسين يمينًا علىٰ دعواه، فإن حلفَ أنهم (قتلوه عمدًا فله القصاصُ في قولٍ، وهو قول مالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]، وإن حلف أنهم)[3] قتلوه خطأ فله الديةُ، والقولُ الآخر -وهو الصحيح- أنه إذا حلفَ أنهم قتلوه خطأ أو عمدًا تجب الديةُ، وقد أشارَ إليه في الكتاب بقولهِ: (ليحكم له بها) يعني: بالديةِ. وهٰذا إذا كان ثمة لوث. وتفسير اللوثِ أن تكون هناك علامة القتل علىٰ واحدٍ بعينه، أو ظاهرٌ يشهد للمدعي من عداوةٍ ظاهرة، أو شهادةُ عدلٍ أو جماعةٍ غيرِ عدولٍ أن أهلَ المحلَّةِ قتلوه، وإنما شرطَ هٰذا الشرطَ؛ لأن مذهبَه كمذهبنا عند عدم اللوثِ، فإن نكلَ عن اليمين ٱستحِلفَ أهل المحلةِ، فإن حلفوا برأوا وإن نكلوا حُكِمَ عليهم بالديةِ، فالخلاف مع الشافعي[4] رَحِمَهُ اللَّهُ في موضعين:

أحدهما: أن المدعي لا يحلف عندنا[5]، وعنده[6] يحلفُ بشهادةِ الظاهرِ له.

والثاني: في براءةِ أهلِ المحلةِ باليمين.

---

(١) «الأم» ٦/ ٩٧، و«الوجيز» ٢/ ١٦١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٣٦-٢٣٧، و«غاية البيان» ص٢٩٥.

(٢) «المدونة» ٤/ ٤٩٠، و«الكافي» ص٦٠٠-٦٠١، و«التلقين» ٢/ ٤٨٧-٤٨٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٢٨٩.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الأم» ٦/ ٩٠، و«المهذب» ٢/ ٣١٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٤٨.

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١٠٨-١٠٩، و«الهداية» ٤/ ٥٦٥-٥٦٦، و«الاختيار» ٥/ ٥١٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٧.

(٦) «الأم» ٦/ ٩٠، و«المهذب» ٢/ ٣١٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٤٨.

له: في الأول ما رُويَ أن عبدَ الله بن (سهل)[١] وجِدَ قتيلًا في قليبٍ من قلب خيبر، فجاء أخوه عبدُ الرحمن[٢] وعمَّاه حويصةُ[٣] ومحيصةُ[٤] إلىٰ رسولِ الله ﷺ فذهب عبدُ الرحمن يتكلم فقال ﷺ: «**الكبر الكبر**» فتكلم الكبير من عمَّيه، فقال: يا رسول الله إنَّا وجدنا عبدَ الله قتيلًا في قليب من قلب خيبر. فقال ﷺ: «**أتحلفون وتستحقون دمَ صاحبكم؟**» فقالوا: كيف نحلفُ علىٰ ما لا نعاين؟ فقال ﷺ: «**تبرئكم اليهود بأيمانِها، فيحلفون خمسين يمينًا باللهِ ما قتلناهُ ولا عرفنا له قاتلًا**» فقالوا: إنَّا (لا)[٥] نرضىٰ بأيمانِ قوم كفار. فوداه رسول الله ﷺ بمائة من الإبلِ (من إبل)[٦] الصدقةِ[٧]، ولأن اليمينَ تجب علىٰ من يشهدُ له

---

(١) في (ب): (سهيل)، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هو عبد الرحمن بن سهل بن زيد الأنصاري، شهد أحدًا والخندق والمشاهد كلها بعدها مع النبي ﷺ، وهو الذي نُهش، فأمر النبي ﷺ عمارة بن حزم فرقاه.
انظر ترجمته في «معرفة الصحابة» ٤/ ١٨٢٨ (١٨٣٢)، و«الاستيعاب» ٢/ ٣٧٩ (١٤٣٢)، و«أسد الغابة» ٣/ ٤٥٧ (٣٣٢٢)، و«الإصابة» ٢/ ٤٠٢ (٥١٣٧).

(٣) هو حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر، الأنصاري، الأوسي، الحارث، شهد أحدًا والخندق، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ بعدهما. أنظر «معرفة الصحابة» ٢/ ٨٩٨ (٧٧٥)، و«الاستيعاب» ١/ ٤٥٦ (٥٩٧)، و«أسد الغابة» ٢/ ٧٤ (١٣٠٩)، و«الإصابة» ١/ ٣٦٣ (١٨٨).

(٤) هو محيصة بن مسعود أخو حويصة، يكنىٰ أبا سعد، بعثه رسول الله ﷺ إلىٰ أهل فدك يدعوهم إلى الإسلام، وشهد أحدًا والخندق وما بعدهما من المشاهد كلها، أسلم قبل حويصة، وهو أصغر منه.
انظر: «معرفة الصحابة» ٥/ ٢٦٠٧ (٢٧٨٣)، و«الاستيعاب» ٤/ ٢٥ (٢٥٥٤)، و«أسد الغابة» ٥/ ١١٩ (٤٧٧٧)، و«الإصابة» ٣/ ٣٨٨ (٧٨٢٥).

(٥) في الأصل: كيف والمثبت من (ب) و(ج).

(٦) من (ب).

(٧) رواه البخاري (٣١٧٣)، ومسلم (١٦٦٩) من حديث سهل بن أبي حثمة.

الظاهرُ؛ ولهٰذا تجب علىٰ صاحبِ اليدِ، فإن كان الظاهرُ شاهدًا للولي بدئ بيمينِه، وردُّ اليمينِ على المدعي أصلٌ له كما في النكولِ، فيثبت القصاصُ في العمدِ والديةُ في الخطأ، ووجه الأصح من مذهبه أن هٰذِه الدلالة فيها نوعُ شبهةٍ، والقصاصُ يندرئ بالشبهات[١]، (وإنما قال)[٢]: يثبت مع الشبهةِ؛ فلذا وجبت الديةُ في الخطأِ والعمدِ جميعًا[١].

ولنا: ما روىٰ أبو سعيد الخدري[٣] ﷺ أن قتيلًا وجدَ بين قريتين فأمرَ النبيُّ ﷺ بأن يذرعَ، فوُجِدَ إلىٰ إحدى القريتين أقرب، فجعلَ عليهم القسامةَ والديةَ[٤].

وقضىٰ عمر ﷺ بمثِله في القتيلِ الذي وُجِدَ بين وادعة[٥] وأرحب[٦]، وجعلَ علىٰ أهلِ وادعةَ القسامةَ)[٧] والديةَ، فقالوا: لا أيماننا تدفعُ عن أمولِنا، ولا أموالنا تدفعُ عن أيمانِنا، فقال: أيمانُكم لحقنِ دمائِكم، وأما أموالُكم فلوجودِ القتيل بين أظهرِكم[٨]، ولقوله ﷺ: «**البينةُ على المدعي واليمينُ علىٰ من أنكرُ**»[٩].

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ١٠٦-١٠٧، و«الهداية» ٤/ ٥٦٥-٥٦٦، و«الاختيار» ٥/ ٥١٠-٥١١، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٧.

(٢) في (ب): (والمال).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) رواه الطيالسي في «مسنده» ٣/ ٦٤٨ (٢٣٠٩)، والبزار كما في «كشف الأستار» (١٥٣٤)، وانظر تضعيفه في «نصب الراية» ٤/ ٣٩٦، و«التلخيص الحبير» ٤/ ٣٩-٤٠.

(٥) وادعه: مخلاف باليمين عن يمين صنعاء. «معجم البلدان» ٥/ ٣٦٥.

(٦) أرحب: بلد علىٰ ساحل البحر، بينه وبين ظفار نحو عشرة فراسخ. «معجم البلدان» ١/ ١٤٤.

(٧) ساقطة من (ب).

(٨) رواه ابن أبي شيبة ٥/ ٤٤٠-٤٤١.

(٩) رواه البيهقي ١٠/ ٢٥٢ من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٢٥١٤) ومسلم

وروىٰ سعيد بن المسيب أنه ﷺ[١] بدأ بالقسامةِ باليهودِ وجعل الديةَ عليهم لوجودِ القتيلِ بين أظهرهم[٢]؛ ولأنَّ اليمينَ حجةٌ للدفعِ دون الاستحقاق، (وحاجةٌ الولي إلى الاستحقاقِ)[٣]، ولهٰذا لا يستحقُّ بيمينِهِ مع أنه مبذولٌ، فلأن لا تستحق بها النفسُ مع أنها معصومةٌ أولىٰ، وما رواه معَارَضٌ بما رُويَ أنه ﷺ قال لهم: «**أتأتون البينةَ؟**» فقالوا: لو كانت لنا بينةٌ ما قتلوه. فقال: «**تحلفُ لكم اليهودُ خمسين يمينًا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا**»[٤]، وله في براءةِ المدعىٰ عليه باليمينِ قوله ﷺ : «**تبرئكم اليهودُ بأيمانِها**»[٥]؛ ولأنَّ اليمينَ مبِّرئةٌ في الشرعِ عن الدعوىٰ لا ملزمة كما في سائرِ الدعاوىٰ.

ولنا: أنه ﷺ جمعَ بين الديةِ والقسامةِ فيما رويناه[٦]، وقوله ﷺ : «**تبرئكم (اليهود)**[٧]» محمولٌ على الإبراءِ عن القصاصِ والحبسِ، وكذا اليمينُ مبرِّئ عما وجب له اليمينُ. والقسامةُ لم تجب لأجل إيجابِ الديةِ إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاصُ بتحرزهم عن اليمينِ فيقرُّ القاتلُ بالقتلِ، فإذا حلفوا برئوا عن القصاصِ، ووجوبُ الدية لوجودِ القتل

(١٧١١) عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضىٰ أن اليمين على المدعىٰ عليه، ورواه الترمذي (١٣٤١) عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ: «**البينة على المدعي، واليمين على المدعىٰ عليه**».

(١) ساقطة من (ب).

(٢) رواه عبد الرزاق ١٠/ ٢٧ (١٨٢٥٢).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) رواه البخاري بنحوه (٦٨٩٨) من حديث سهل بن أبي حثمة.

(٥) متفق عليه من حديث سهل بن أبي حثمة، وقد سبق.

(٦) رواه البزار في «مسنده» ٣/ ٢٣٨ (١٠٢٦).

(٧) من (ب).

منهم ظاهرًا؛ لحصوله بين أظهرهم لا بنكولِهم أو لتقصيرهم في المحافظةِ كما في القتلِ الخطأ، ولو نكلوا عن اليمينِ حبسوا حتىٰ يحلفوا أو يقرُّوا عند أبي حنيفةَ[١] ومحمدٍ[١] رحمهما الله؛ لأنَّ ذلك حقٌّ مستحقٌّ عليهم، فإن اليمينَ حقٌّ لذاته تعظيمًا لأمرِ الدَّمِ، ألا ترىٰ أنه يجمع بينه وبين الديةِ بخلاف النكولِ في الأموالِ؛ لأن اليمينَ فيها بذلٌ عن أصل الحق؛ ولهٰذا يسقط ببذلِ المدعي، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذلِ الديةِ.

وعن أبي يوسف رحمه الله[١] أنه يقضي عليهم بالديةِ عند نكولِهم ٱعتبارًا بالحقوقِ في الأموال، والفرقُ أوضحناه.

قال: (وإن ٱدَّعىٰ علىٰ غيرهم سقطت القسامةُ عنهم لا علىٰ واحدٍ منهم).

لأنَّ اليمينَ إنما تلزمهم بالدعوىٰ عليهم، وكذلك الديةُ وهو بالدعوىٰ علىٰ غيرِهم غيرُ مدعٍ عليهم، وهٰذا بخلافِ ما إذا ٱدَّعىٰ علىٰ واحدٍ منهم بعينه؛ لأن إيجابَ /١٠٤أ/ القسامةِ عليهم دليلُ كونِ القاتلِ منهم فتعيينه[٢] واحدًا منهم لا ينافي ٱبتداءَ الأمرِ؛ لأنه منهم، فإذا ٱدَّعىٰ علىٰ واحدٍ من غيرهم فهو دليلٌ علىٰ أن القاتلَ ليس منهم، وهم إنما يغرمون لكون القاتلِ منهم؛ لأنهم قتلةٌ تقديرًا حيث لم يمنعوا الظالمَ عن قتله[٣][٤].

---

(١) «المبسوط» ٢٦/ ١١١، و«الهداية» ٤/ ٥٦٥، و«الاختيار» ٥/ ٥١٢.

(٢) في (ج): (فتبيينه).

(٣) «المبسوط» ٢٦/ ١١٠، ١١٤-١١٥، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨-٣٨٨.

(٤) في (ب)، (ج): (قتلهم).

قال: (وشهادتهم على المدعىٰ عليه مردودةٌ).

إذا وجدَ القتيلُ في محلَّةٍ فادعىٰ وليُّه القتلَ علىٰ غيرهم فشهد ٱثنان فصاعدًا من أهلِ المحلَّةِ له أنَّ المدعىٰ عليه قتلَه لم تقبل شهادتُهم عند أبي حنيفةَ[١].

وقالا[١] رحمهما الله: تقبل لأنَّه بالدعوىٰ علىٰ غيرهم سقط عنهم موجبُ ذلك وهو القسامةُ والديةُ، فينزلوا منزلةَ غيرِهم بالنسبةِ إلى المدعىٰ عليه كالوكيلِ بالخصومة إذا عُزِلَ قبل الخصومة.

وله: أن التهمةَ متمكنةٌ لجواز أنهم تواضعوا علىٰ ذلك بأن كانت بين الوليِّ وبين المدعىٰ عليه عداوةٌ فيقول له هٰؤلاء: ٱدَّعِ عليه ونحن نشهد لك، فيقتله بعلةِ القصاصِ، ولأنهم خصماءُ بإنزالهم قاتلين بالتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتُهم وإن خرجوا عن الخصومةِ، كالوصيِّ إذا خرجَ من الوصايةِ بعدما قبلها ثم شهد، وإنما أطلقَ في الكتابِ قوله: (وشهادتهم على المدعىٰ عليه) ليشملَ كونه من غيرهم وكونه منهم، حتىٰ لو شهدَ ٱثنان من أهلِ المحلَّةِ علىٰ قاتلٍ منهم بعينه لم تقبل عنده؛ لأنَّ الخصومةَ قائمةٌ مع الكلِّ، والشاهدُ يقطعها عن نفسهِ، فكان متهمًا في ذلك[١].

قال: (وإذا قال المستَحْلَفُ قتله فلان ٱستثناه في يمينه).

إذا قال الذي يُستحلَفُ: إن فلانًا قتله. ٱستحلف باللهِ ما قتلتُه ولا عرفت له قاتلًا غيرَ فلانٍ؛ لأنه يريد بذلك إسقاطَ الخصومةِ عن نفسهِ فلا تقبل، فيحلف علىٰ عدمِ قتلهِ ونفي علمهِ لكلِّ قاتلٍ غير من أقرَّ عليهَ بالقتل،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٧-٢٤٨، و«المبسوط» ٢٦/ ١١٤-١١٥، و«الهداية» ٤/ ٥٧١-٥٧٢، و«اللباب» ٣/ ١٧٦-١٧٧.

فيستثنيه في اليمينِ لموضع إقرارهِ، ويبقىٰ حكمُ غيرهِ كما كان فيحلفُ عليه[(١)].

قال: (وإذا وُجدَ علىٰ دابةٍ كانت علىٰ عاقلة السائق).

لأنَّه في يده، فكانت كالموجودِ في دارهِ، وكذا القائد والراكب، ولو أجمعوا كانت الديةُ علىٰ عاقلتِهم؛ لأن القتيلَ في أيديهم، فكان كالموجودِ في دارهِم[(٢)].

قال: (أو بين قريتين كانت علىٰ أقربهما).

لما رُويَ أنه ﷺ أُتِيَ بقتيلٍ وُجِدَ بين قريتين فأمرَ أن يذرعَ[(٣)(٤)]، وعن عمر رضي الله عنه لما كتب إليه في قتيلٍ وُجِدَ بين وادعةَ وبين أرحب، فكتب بأن يقاسَ (بين)[(٥)] القريتين فوجِدَ إلىٰ وادعةَ أقربُ، فقضىٰ عليهم بالقسامةِ[(٦)].

قيل: وهٰذا محمولٌ علىٰ أن الصوتَ كان يبلغهم؛ لأنه حينئذٍ يلحقه الغوثُ منهم فيتمكنون من نصرتِه ثم ينزلون مقصرين[(٧)].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٩-٢٥٠، و«الهداية» ٤/ ٥٧١، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٤، و«اللباب» ٣/ ١٧٧.

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٦٧، و«الاختيار» ٥/ ٥١٣، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٢، و«اللباب» ٣/ ١٧٤.

(٣) يذرع: والذراع القياس. قال سيبويه: لا جمع له، إلَّا أذرع. «المصباح المنير» ص١٢٧.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) من (ب)، (ج).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) «المبسوط» ٢٦/ ١١١، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٨٢، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٢، و«اللباب» ٣/ ١٧٥-١٧٦.

قال: (أو في دار إنسانٍ كانت القسامةُ عليه والديةُ علىٰ عاقلته).

أما أن القسامةَ عليه؛ فلأن الدارَ في يدِهِ، وأما أن الديةَ علىٰ عاقلتِهِ؛ فلأن النصرةَ والقوةَ بهم، و(الديةُ) رفع عطفًا على القسامةِ، وليست جملة أسمية[١].

قال: (ويشارك بين السكانِ والملاكِ في القسامةِ وأخرجا السكانَ).

قال أبو حنيفة[٢] ومحمد[٢] رحمهما الله: لا يدخل السكانُ في القسامةِ مع الملاكِ.

وقال أبو يوسف ﷺ[٢]: هي عليهم جميعًا، وهٰذا إذا كان المالكُ ساكنًا، فإن لم يكن المالكُ ساكنًا يدخل السكانُ إجماعًا له أن ولايةَ التدبيرِ كما تقع بالملكُ تقع بالسكنىٰ، ولهٰذا فإنه ﷺ جعلَ القسامةَ والديةَ على اليهودِ، وكانوا سكانًا بخيبرَ، ولم يخص الملاكَ.

ولهما: أن المالكَ هو المختصُّ بنصرةِ ملكِه دون الساكنِ؛ لأن سكنى المالكِ ألزم وقرارَه بها أدوم، فكانت ولايةُ التدبيرِ إلى المالكِ، فيتحقق التقصيرُ منه، وأما أهلُ خيبرَ فإنه ﷺ كان قد أقرَّهم علىٰ أملاكِهم، وكان المأخوذُ منهم مأخوذًا علىٰ وجهِ الخراجِ[٢][٣].

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥٦٨، و«الاختيار» ٥/ ٥١٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٩، و«اللباب» ٣/ ١٧٤.

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٩-٤٥٠، و«اللباب» ٣/ ١٧٤.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٨٧: لم أجده في شيء من الأخبار أنه أقرهم علىٰ أن أملاكهم تكون ملكًا لهم، إذ لا يكون ذلك إلَّا في فتح الصلح، والمحفوظ أن خيبر

قال: (وهي علىٰ أهل الخطةِ، ولو بقي واحدٌ دون المشترين وشاركا بينهم).

قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: القسامةُ علىٰ أهل الخطةِ دون المشترين، ولو بقي من أهلِ الخطةِ واحدٌ كانت عليه.

وقال أبو يوسف[1] ومحمد[1] رحمهما الله: الكلُّ مشتركون؛ لأنَّ وجوبَ الضمانِ يعتمد التقصير في حفظ من له ولايةُ الحفظِ؛ لأنه بالتقصيرِ يُجعل جانيًا، وهٰذِه الولايةُ باعتبار الملكِ، وهم فيه سواءٌ، فيعم الحكمُ بعموم العلةِ.

وله: أن ولايةَ الحفظِ مختصةٌ بأهل الخطةِ عرفًا؛ لأنهم أصيلون والمشتري معهم دخيلٌ، وولاية التدبير إلى الأصيل دون الدخيلِ، فلا يُساوىٰ، وإذا بقي من أهلِ الخطة واحدٌ تعلق الحكمُ به ٱعتبارًا للأصيل، وقد مرَّ نظيرُ هٰذا في قطعِ الكفِّ وفيها إصبعٌ واحدةٌ، وقيل: إن أبا حنيفة رحمه الله[1] بنى الحكم في المسألةِ علىٰ ما شاهدَه بالكوفةِ، فإنَّ أهلَ الخطةِ كانوا يدبرون أمرَ المحلةِ وينصرونها دون المشترين فبنى الحكم علىٰ ما رأىٰ، وإن لم يبق أحد بل باعوا كلهم ٱنتقلَ إلى المشترين لعدم المزاحمِ[1].

قال: (وإن وجد في دارٍ بيعت قبل القبضِ، فهي علىٰ عاقلة من هي في يده مطلقا. وقالا: إن كان باتًّا فعلىٰ عاقلةِ المشتري وإلا فعاقلة[2] من تصير له).

فتحت عنوة إلَّا حصنين: الوطيحة والسلالم.

(١) «الهداية» ٤/ ٥٦٨-٥٦٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٠، و«اللباب» ٣/ ١٧٤-١٧٥.

(٢) في (ج): (فعلىٰ عاقلة).

رجل ٱشترىٰ دارًا فلم يقبضها حتىٰ وجدَ فيها قتيل، فالقسامةُ علىٰ عاقلةِ من الدارُ في يده مطلقًا سواء كان البيعُ باتًّا /١٠٤ب/ أو بشرط الخيارِ لأحدهما عند أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(**وقالا**[1])[2]: إن كان البيعُ باتًّا علىٰ عاقلةِ المشتري، وإن كان مشروطًا بشرطِ الخيارِ، فعلىٰ عاقلةِ من تصير الدارُ له ويتقرر ملكُها عليه. هما ٱعتبرا الملكَ لانَّ الحفظة به، وهو ٱعتبر اليدَ؛ لأنَّ القدرةَ على الحفظِ حقيقة باليد، وهي لازمةٌ لمن يلزم لتقصيره في حفظِ المحلِّ وهي باليدِ فوقه في الملكِ، فكان أولىٰ بالاعتبارِ.

قال: (أو في دار نفسه فهي علىٰ عاقلته وأهدراه).

إذا وجدَ الإنسانُ قتيلًا في دار نفسه قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3]: علىٰ عاقلته القسامةُ والديةُ.

وقالا[4]: هو هدر لا يجبُ عنه شيء؛ لأنه لو وجبَ لوجبَ علىٰ مالكِ الدارِ وهو مالكها، فيجب له علىٰ نفسه ثم ينتقل إلى العاقلةِ والورثةِ، والوجوبُ له عليه ممتنع كما لو قتلَ نفسَه.

وله: أنه وجدَ قتيلًا في دارٍ لو وجد غيره قتيلًا فيها كانت الديةُ علىٰ عاقلته، فكذا هٰذا كواحد من أهلِ المحلةِ إذا وجد قتيلًا فيها فإنه (لا يهدر)[4] دمُه، كذا هٰذا[4].

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥٦٩، و«الاختيار» ٥/ ٥١٣-٥١٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٤٩.

(٢) في (ب)، (ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «المبسوط» ٢٦/ ١١٣، و«الهداية» ٤/ ٥٧٢، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٢.

(٤) في (ب): (يهدر).

قال: (أو في دار ٱمرأة في مصر خالٍ من عشيرتها يوجبها مع الديةِ علىٰ عاقلتها، وخصها بالقسامةِ والعاقلة بالدية).

إذا وجدَ قتيلٌ في دار ٱمرأة في مصر، وليس في ذلك المصرِ أحدٌ من عشيرتها.

قال أبو يوسف رحمه الله[1]: تجب القسامةُ والديةُ علىٰ عاقلتها.

وقال محمد[1]: القسامةُ عليها تكرر اليمين خمسين مرة ثم يقضي بالديةِ علىٰ عاقلتها؛ لأنَّ الدارَ ملكها وهي من أهل اليمينِ، والقسامةُ أينما وجبت تجبُ علىٰ مالكِ المحلِّ.

له أنَّ المرأةَ ليست من أهلِ النصرةِ، والقسامة إنما وجبت من حيث النصرة وصار كالديةِ[1].

قال: (أو في سفينة كانت علىٰ من فيها مطلقًا).

إذا وجدَ قتيلٌ في سفينةٍ فالقسامةُ علىٰ من فيها من السكانِ والملاحين؛ لأنهما في أيديهم، وهٰذا علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله[2] ظاهرٌ لا يوجب القسامةَ على السكانِ مع الملاكِ، والفرق علىٰ قولهما أنَّ السفينةَ تنقل وتحول، فكان المعتبرُ فيها اليدَ دون الملكِ كالدابةِ، ولا كذلك الدارُ والمحلةُ[2].

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٨-٢٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٢٠، و«الهداية» ٤/ ٥٧٣، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١١٧، و«الهداية» ٤/ ٥٦٩، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٥.

قال: (أو في مسجدِ محلةٍ فعلىٰ أهلها).

إذا وجد القتيلُ في مسجدِ محلةٍ كانت القسامةُ علىٰ أهلِ المحلةِ؛ لأنهم أخصُّ بتدبيره، والتصرف فيه فكأنه وجد (القتيل)[1] في نفس المحلةِ[2].

قال: (أو الجامع أو الشارع فلا قسامة، وتجب الديةُ في بيت المالِ).

إذا وجد القتيلُ في المسجدِ الجامعِ أو الشارعِ الأعظم كانت الديةُ علىٰ بيتِ المالِ، ولا قسامةَ؛ لأنَّ ذلك المحلَّ لا يختص (به)[3] قومٌ دون قومٍ، بل المسلمون مشتركون فيه، فما يجب فيه يكون في بيت (المال)[4]، واليمين إنما تجب للتهمةِ وإنها معدومةٌ في جماعةِ المسلمين[5]، ولو وجد في السجنِ، فعلىٰ قول أبي يوسف[6] تجبُ القسامةُ والديةُ علىٰ أهل السجن؛ لأنهم السكان وولايةُ التدبير إليهم، والظاهرُ حصولُ القتلِ منهم، وهما يقولان: (إنهم)[7] مقهورون لا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما وجوبه بسبب النصرةِ[8].

---

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٧٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٢، و«اللباب» ٣/ ١٧٥.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) في (ج): (مالهم).

(٥) «المبسوط» ٢٦/ ١١٨، و«الهداية» ٤/ ٥٧٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٢.

(٦) «الهداية» ٤/ ٥٧٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٢.

(٧) من (ب)، و(ج).

(٨) «الهداية» ٤/ ٥٧٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٢، و«اللباب» ٣/ ١٧٦.

قال: (أو في وسط الفرات أهدرناه كالبرية لا كالمحتبس بالشاطىء حيث تجب علىٰ أقرب القرىٰ منه).

إذا وجد القتيلُ في وسطِ الفرات يجري به الماءُ فهو هدرٌ، كما لو وجد في بريةٍ، والجامعُ عدم اليدِ والملكِ والغوث (لبعد)[1] العامر ولم يقيد البريةَ بما إذا كانت بعيدةً من العامرِ؛ لدلالةِ الحالِ وما سبق من أنه إذا وُجِد بين قريتينِ نسب إلىٰ أقربهِما، ولذلك لم يقيد وسطَ الفراتِ بأنَّ الماءَ يجري به لدلالةِ قوله بعد ذلك لا كالمحتبس، فإن الاحتباسَ دليلٌ علىٰ عدمِه في الأولِ[2].

وقال زفر[3] رَحِمَهُ اللَّهُ: تجب القسامةُ علىٰ أقربِ القرىٰ والأراضي من حيث وجد في الماءِ كالمحتبسِ في شاطىء الفراتِ، فإنه تجبُ القسامة والديةُ علىٰ أقربِ المواضعِ منه. والفرقُ لنا أنه إذا كان في وسطِ الفراتِ، فالماءُ ينتقلُ به من مكانٍ إلىٰ مكانٍ، فلا يدرىٰ من أي مكانٍ انتقلَ بخلافِ المحتبسِ في الشاطي فإنه لا ينتقل، وقد أشارَ في المتنِ بالقياسين إلى الحكم مع الإشارةِ إلى التعليلِ[2].

---

(١) في (ب): (العدم).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٤٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١١٧-١١٨، و«الهداية» ٤/ ٥٧٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٥-٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٥٢-٣٥٣، و«اللباب» ٣/ ١٧٦.

(٣) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٨٤.

فصل في المعاقل

جمع معقلة وهي: الديةُ، سميت عقلًا؛ لأنها تعقلُ الدماءَ من الإراقةِ أو لأنها كانت إذا جمعت من الإبلِ تعقل ثم تساقُ إلىٰ وليِّ الجنايةِ، والعاقلةُ: الذينَ يؤدون الديةَ[١].

قال: (وتجب على العاقلة كل ديةٍ وجبت بنفس القتل).

هٰذا ٱحترازٌ عما وجبَ بالصلحِ، وعما وجب بالاعترافِ، وعما وجب مع سقوطِ القتلِ بشبهة كالأبِ في قتلِ ولدِه، وما يجب بنفسِ القتلِ كشبهةِ العمدِ والخطأِ، والأصلُ في وجوبِها على العاقلةِ حديث الحسنِ حيث قال ﷺ: « **قوموا فدوه** »[٢].

ورُوِيَ أنه ﷺ جعل علىٰ كل بطنٍ من الأنصارِ عقوله[٣]، ومن النظرِ أن الخاطئ معذورٌ لعدم القصدِ، ولكن عذره لا يعدم حرمةَ النفسِ المعصومةِ، لكن تمنع ترتب العقوبةِ عليه، فأوجبَ الشرعُ الديةَ صيانةً للدم عن الهدرِ، وفي الإيجابِ عليه في ماله إجحافٌ واستئصالٌ له، فيكون عقوبتة، فيضم الشرعُ إليه العاقلةَ (رفعًا)[٤] للعقوبةِ عنه؛ ولأنَّ الخطأ وشبهَ العمدِ إنما يوجدان ممن يستظهر بعشيرته وقوة يجدها في نفسهِ لكثرتهم وقوة /١٠٥أ/

---

(١) «الهداية» ٤/ ٥٧٤، و«الاختيار» ٥/ ٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٤، و«اللباب» ٣/ ١٧٧.

(٢) سبق تخريجه من حديث حمل بن النابغة.

(٣) رواه ابن أبي شيبة ٥/ ٤١٨ عن ابن عباس أن النبي ﷺ كتب كتابًا بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقلهم، وعن الشعبي مرسلًا: أن رسول الله ﷺ جعل عقل قريش علىٰ قريش، وعقل الأنصار على الأنصار.

(٤) في (ب)، و(ج): (دفعًا).

أنصارِهِ منهم فينزلوا منه منزلةَ المشاركين في القتلِ، فكانوا كالردِّ (في المعين)[١]، وهٰذا بخلافِ المتلفات من الأموال؛ لقلة قيمتها فلا تحتاج إلى التخفيفِ، والديةُ مال كثير يجحف بالقاتلِ فاحتاج إلى التخفيفِ، والقتل في شبهِ العمدِ أجري في الديةِ مجرى الخطأِ باعتبار قصور الآلةِ، فكذلك في تحملِ العاقلةِ[٢]. وقضىٰ عمر رضي الله عنه بالديةِ على العاقلةِ في الخطأِ[٣] من غير نكيرٍ من أحدٍ من الصحابةِ رضي الله عنهم، فكان إجماعًا[٤].

قال: (ونجعلهم أهل الديوان إن كان القاتل منهم لا أهل عشيرتهم، فتؤخذُ من عطاياهم في ثلاث سنين سواء خرجت في أقل أو أكثر، وإلا عقله قبيلته، تقسط عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد علىٰ أربعة دراهم وينقص منها، ويضم إليهم أقرب القبائل نسبًا إن لم تتسع لذلك).

إذا كان القاتلُ من أهلِ الديوانِ فعاقلتُه أهلُ الديوانِ، وهم الذين لهم رزق في بيت المالِ، وفي زمانِنا هم أهل الراياتِ، وهم الجيشُ الذين كتب أساميهم في الديوانِ[٥].

---

(١) في (ب): (والعين).

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٥-١٢٦، و«الهداية» ٤/ ٥٧٤، و«الاختيار» ٥/ ٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٧-١٧٨.

(٣) تقدم تخريجه في توريث ٱمرأة أَشْيَم الضِّبابي من عقل زوجها.

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٥-١٢٦، و«الهداية» ٤/ ٥٧٤، و«الاختيار» ٥/ ٥١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٥.

(٥) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٥-١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٨، و«الهداية» ٤/ ٥٧٥-٥٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٨-١٧٩.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: الديةُ علىٰ أهلِ العشيرةِ؛ لأنهم كانوا العاقلةَ علىٰ عهدِ رسول الله ﷺ فيبقىٰ كذلك بعده؛ لامتناعِ النسخِ بعده ﷺ، ولأنَّ ذلك صلةٌ والأقاربُ أولىٰ بالصلاتِ[٢]. والتنبيه علىٰ خلافه من الزوائدِ.

(ولنا)[٣]: ما قضىٰ به عمر رضي الله عنه[٢]، فإنه لما دونَ الدواوين جعلَ العقلَ علىٰ أهلِ الديوانِ[٤]، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابةِ من غير نكيرٍ، فانعقدَ إجماعًا، وليس ذلك بنسخٍ بل هو تقريرٌ من حيث المعنىٰ؛ لأنَّ العربَ كانوا يتناصرونَ بأسبابٍ، منها القرابةُ والولاءُ والحلفُ، وجرى الأمرُ علىٰ ذلك إلىٰ زمنِ رسول الله ﷺ، ثم صارَ التناصرُ بالدواوينِ في زمن عمر رضي الله عنه حين دونَهَا، وكان كل ديوان ينصر بعضُهم بعضًا، وإن كانوا من قبائلَ متفرقةٍ، وكان إيجابُ العقلِ عليهم وفاقًا لما قضىٰ رسولُ الله ﷺ على العشيرةِ باعتبار اتحادِ العزِّ وهو النصرةُ، حتىٰ إذا كان تناصرهم اليوم بالحِرَفِ فعاقلتُه أهلُ حرفتِه، ولما كان إيجابُها بطريقِ الصلةِ، وكان إيجابُها فيما يصلُ إليهم صلة وهو العطاءُ أولىٰ، وأهلُ كلِّ ديوانٍ فيما يصلُ إليهم كنفسٍ واحدةٍ.

---

(١) «الأم» ٦/ ١١٥-١١٦، و«المهذب» ٢/ ٢١٣، و«الوجيز» ٢/ ١٥٨، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٠١.

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٥-١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٨، و«الهداية» ٤/ ٥٧٥-٥٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٨-١٧٩.

(٣) في (ب): (وأمَّا).

(٤) رواه ابن أبي شيبة ٥/ ٣٩٦ (٢٧٣١٦) عن الحكم قال: عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس.

والأخذُ في ثلاثِ سنين مروي عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر[١] رضي الله عنه[٢]، والمعتبرُ في الثلاثِ يومُ القضاءِ؛ لأنَّ وجوبَ الديةِ يوم القضاءِ، فيعتبرُ ٱبتداؤها من حينه[٣]، وسواء خرجت العطايا في أقلَّ من ثلاثِ سنين أو أكثر منها؛ لأنَّ وجوبَها في العطاءِ للتخفيفِ، فإذا حصلَ في أي وقتٍ حصل وجد[٤] المقصود فيؤخذ منه، وإن تأخرت العطايا لم يطالبوا بشيء، وإن تعجلت لثلاث سنينَ أخذَ منها الجميعُ لما ذكرنا، وإذا وجبَ الكلُّ في ثلاثِ سنين كان كلُّ ثلث في سنةٍ، فإذا وجبَ الثلث فما دونه كان في سنةٍ، وما زادَ على الثلثِ إلى الثلثين في سنتين، وما زادَ إلىٰ تمامِ الديةِ في السنةِ الثالثةِ، وإن كانت العاقلةُ أصحابَ الرزقِ أخذَ من أرزاقِهم في ثلاثِ سنين، فإن خرجت في كلِّ سنةٍ أخذ منها الثلث، وإن خرجت في كلِّ نصفِ سنةٍ أخذَ منها السدس، ويؤخذ في كلِّ شهرٍ بحصتهِ، فالحاصلُ أنه يؤخذُ في كلِّ سنةِ الثلث كيفما خرجَ؛ لأنَّ الأرزاقَ لأربابِها كالعطاء[٥] لأصحابِها.

فإن كانت لهم أرزاقٌ وعطايا أخذت الديةُ من العطايا؛ لأن ذلك أسهل؛ لأنَّ الرزقَ مقدرٌ بالكفايةِ[٦]، والعطاءَ مقدرٌ بالعناءِ في الحربِ

---

(١) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٥-١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٨، و«الهداية» ٤/ ٥٧٥-٥٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٨.

(٢) رواه عبد الرزاق ٩/ ٤٢٠، وابن أبي شيبة ٥/ ٤٠٥.

(٣) في (ب): (حينئذٍ).

(٤) في (ب): (هٰذا)، وفي (ج): (وجود).

(٥) في (ب)، (ج): (كالعطايا).

(٦) «الهداية» ٤/ ٥٧٥، و«الاختيار» ٥/ ٥١٧-٥١٨، و«اللباب» ٣/ ١٧٨، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٥.

والاختيار لا للحاجةِ، وكان الأخذُ منها أسهل، هٰذا إن (كان)[١] القاتل من أهلِ الديوانِ.

فإن لم يكن من أهلِ الديوانِ فعاقلتُه قبيلته، تقسط الدية عليهم في ثلاثِ سنين لا يزاد الواحدُ علىٰ أربعةِ دراهمَ وينقص منها، وقبيلةُ الرجلِ عصبته من النسبِ[٢]؛ لما رويَ أنه ﷺ أوجبَ الدية علىٰ عصبة القاتل؛ لأن تناصرهم بالقرب، ولا يزاد الواحد علىٰ أربعةِ دراهمَ أو ثلاثةِ دراهمَ، فيؤخذ منه كلَّ سنة درهمٌ وثلثُ درهمٍ.

وهٰذا هو الأصحُّ المختارُ، نصَّ عليه محمد رضي الله عنه[٢]؛ لأنَّ الأصلَ فيها التخفيفُ، والدراهم أقل المقدراتِ، ويزاد ثلث درهم ليكون أكثرَ من الأقلِّ، ومالم يبلغ النصف فهو في حكمِ الأقلِّ، وإذا لم تتسع القبيلةُ لذلك ضم (إليهم)[٣] أقرب القبائلِ من غيرهم نسبًا، تحرزًا عن الإجحافِ وتحقيقًا لمعنى التخفيفِ، فيضم إليهم الأقرب فالأقرب علىٰ ترتيبِ العصبات لوقوع التناصرِ بذلك[٤].

وكذلك أهلُ الديوانِ إذا لم تتسع للديةِ، يضمُّ إليهم أقربُ الراياتِ إليهم نصرةً إذا (حَزَبَهُم)[٥] أمرٌ أو دهمهم عدوٌ، وذلك مُفَوَّضٌ إلىٰ رأي الإمامِ؛ لأنه أعلمُ به[٦]، ومن لا عاقلةَ له ففيه روايتان أحدهما، وهو ظاهرُ الروايةِ:

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٧٥، و«اللباب» ٣/ ١٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٥.

(٣) في (ب)، (ج): (إليها).

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ١٢٩، و«الهداية» ٤/ ٥٧٦، و«الاختيار» ٥/ ٥١٨، و«اللباب» ٣/ ١٧٩.

(٥) في (ب): (جرىٰ بهم).

(٦) «المبسوط» ٢٧/ ١٣٠-١٣١، و«الاختيار» ٥/ ٥١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ١٧٩.

يجب في بيتِ المالِ؛ لأنه لو ماتَ عن غير وارثٍ يرثه بيتُ المالِ، فإذا جنىٰ نغرمه إذ الغنم بالغرم، والثانية وهي الروايةُ الشاذةُ أن تجب الديةُ في مالهِ؛ لأنَّ الأصلَ (أن يجب)[1] في مالِ الجاني، إلَّا أنا عدلنا عن الأصلِ تخفيفًا عليه، فإذا لم يكن له عاقلةٌ عاد إلى الأصلِ[2].

قال: (ويؤدي القاتل كأحدهم).

لأنَّ عدمَ /١٠٥ب/ وجوب الكلِّ عليه كان لخوفِ الإجحافِ به، ولا إجحافَ في هٰذا ولأنه الجاني فلا أقل من أن يؤدي كأحدهم؛ ولأنَّ وجوبهَا بالتناصر وهو أولىٰ بنصرة نفسهِ[3].

قال: (ولا يعقل صبي ولا أمرأة ولا كافر عن مسلم ولا بالعكس).

هٰذِه زوائد، أما الأولان فلأنهما ليسا من أهلِ النصرةِ، ولأنَّ الصبي ليس من أهلِ التبرعِ والصلةِ، وأما العبدُ والمدبرُ والمكاتبُ فلأنَّ العربَ لم يستنصروا بهم، وأما الكافر عن مسلمٍ وبالعكسِ فلعدم التناصرِ، والكفار يعقلُ بعضُهم بعضًا؛ لأنَّ الكفرَ كله ملةٌ واحدةٌ إلَّا أنَ يكون بينهم حروبٌ، وإذا كان للذمي عاقلةٌ فالديةُ علىٰ عاقلتِه (لالتزامهم)[4] بأحكامنا في المعاملاتِ، ولوجودِ التناصرِ بينهم، وإن لم يكن له عاقلة

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«فتح القدير» ١٠/ ٤٠٩، و«درر الحكام» ٢/ ١٢٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٨، و«اللباب» ٣/ ١٨١.

(٣) «الهداية» ٤/ ٥٧٦-٥٧٧، و«الاختيار» ٥/ ٥١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ١٧٩.

(٤) في (ج): (لإلزامهم).

فالديةُ في مالهِ في ثلاثِ سنين كما قلنا في المسلمِ؛ لأنَّ الأصلَ أن تجبَ على الجاني، فإذا وجدت العاقلةُ تحولت إليهم فإن لم تكن عادت إلىٰ (الأصل[1])[2].

قال: (ويعقل قبيلة المولىٰ عن المعتق).

لقوله ﷺ : « **مولى القوم منهم** » ولأنَّ نصرةَ العتقِ بقبيلةِ مولاه[3][4].

قال: (والقبيلة والمولىٰ عن مولى الموالاة).

لوجودِ التناصرِ بعقدِ الموالاةِ.

قال: (ولا تعقلُ العاقلةُ جنايةَ عبدٍ ولا صلحًا ولا ما لزمَ باعترافِ الجاني إلَّا أن يصدقوه ولا ما نقص عن خمسين دينارًا).

لما رُوِيَ عن ابن عباس رضي الله عنه موقوفًا ومرفوعًا إلىٰ رسولِ الله ﷺ : « **لا تعقل العواقل عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما دون أرش الموضحة** »[5].

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٤٩، و«الهداية» ٤/ ٥٧٨، و«الاختيار» ٥/ ٥١٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٧.

(٢) في (ب): (الأفضل).

(٣) رواه أصحاب السنن وابن حبان عن أبي رافع. قال الترمذي: حسن صحيح وعند الشيخين عن أنس بلفظ من أنفسهم.
«خلاصة البدر المنير» ٢/ ٤٥٦، و«كشف الخفاء ومزيل الإلباس» ٢/ ٣٨٤ .

(٤) «الهداية» ٤/ ٥٧٩، و«الاختيار» ٥/ ٥١٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٧، و«اللباب» ٣/ ١٧٩.

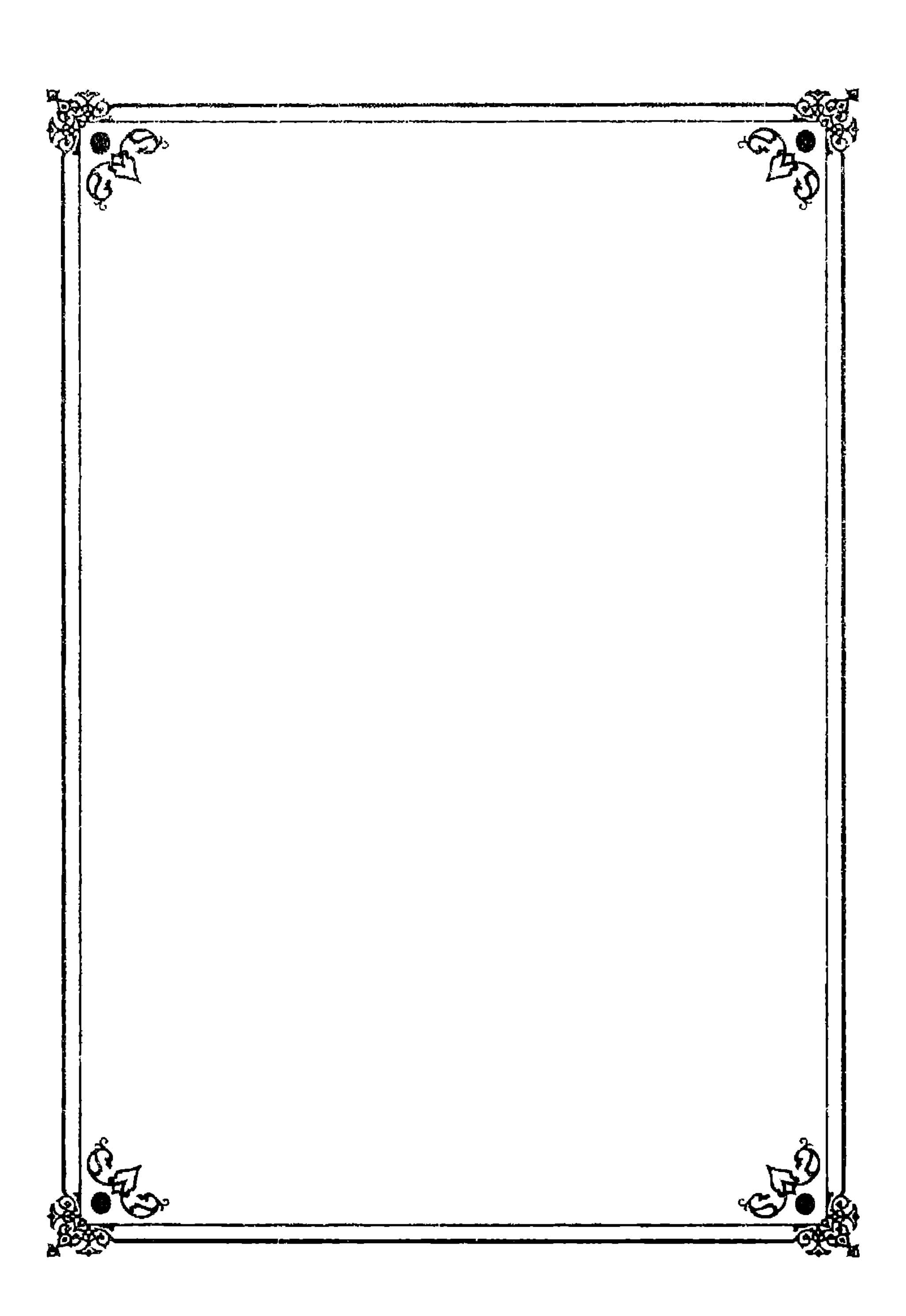
(٥) عزاه الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٨٠ لمحمد بن الحسن في «الآثار» عن ابن عباس موقوفًا وليس فيه قوله: (ولا عبدًا، ولا ما دون أرش الموضحة)، وقال: لم أره مرفوعًا.

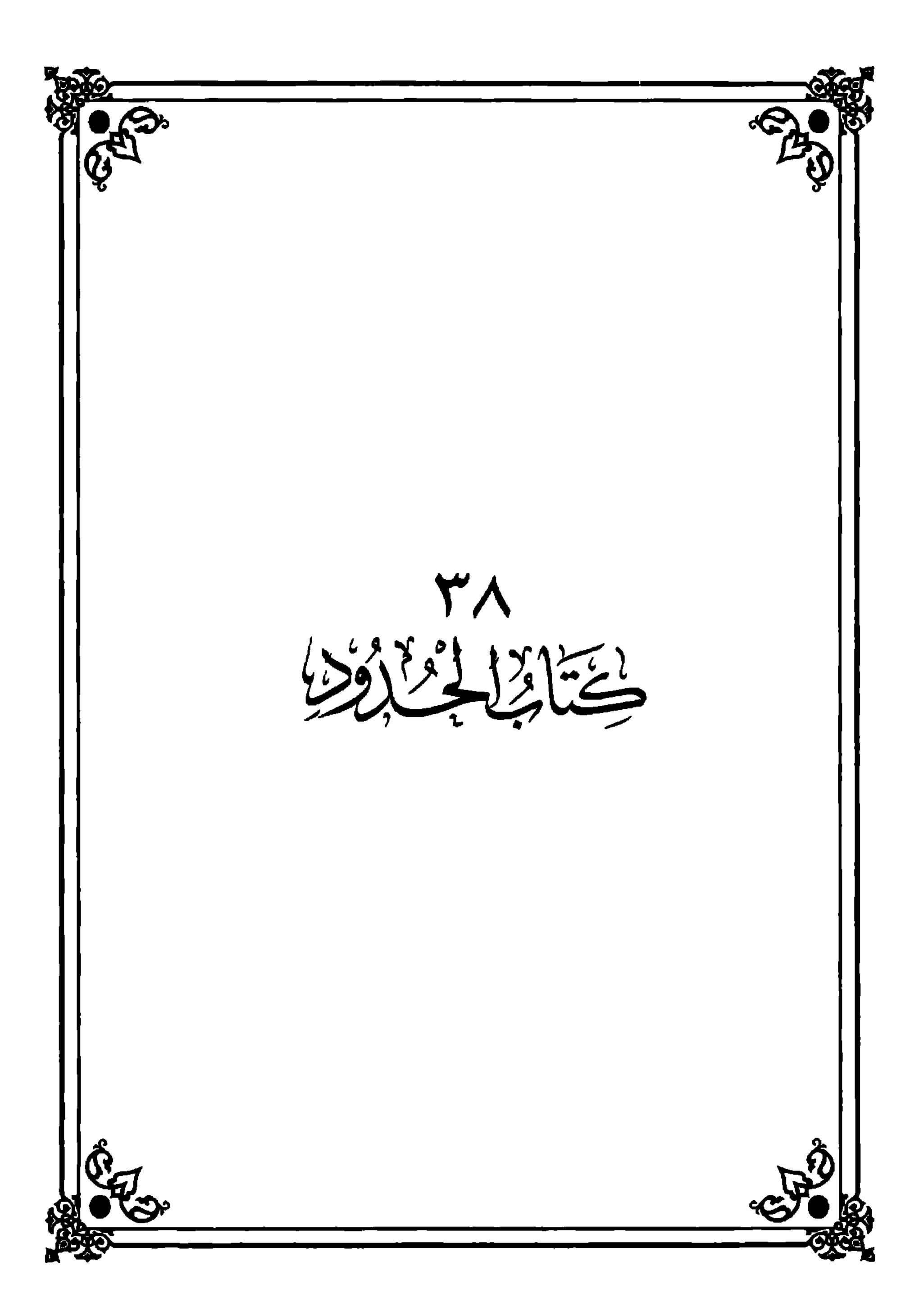
وأرشُ الموضحةِ نصف عشر بدل النفسِ، ولأنَّ التحملَ للتحرز عن الإجحافِ والقليل لا إجحافَ فيه، وهٰذا التقديرُ بين القليلِ والكثيرِ ثابتٌ بالسمعِ، وما نقص عن نصفِ عشرِ الديةِ فهو في مالِ الجاني، وأما ما لزمه باعترافِ الجاني فإنَّ العاقلةَ لا تعقله إلَّا أن يصدقوه؛ لما أن إقرارَه غيرُ لازمٍ لهم؛ لعدمِ ولايتِهِ عليهم فإذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم برضاهم، ولو تصادق القاتلُ وولي الجنايةِ علىٰ أن قاضيًا من القضاةِ حكم على العاقلةِ بالديةِ وكذبتهما العاقلةُ فلا شي عليهم؛ لأنَّ تصادقهما[1] لا يكون حجة عليهم، وليس على القاتل شيء في مالهِ؛ لأنَّ الديةَ تقرر على العاقلةِ بتصادقهما، وهو حجةٌ في حقِّهما بخلافِ الأولِ حيث تجبُ الديةُ في ماله باعترافِه وتعذر إيجابُها على العاقلةِ فتجب عليه[2].

---

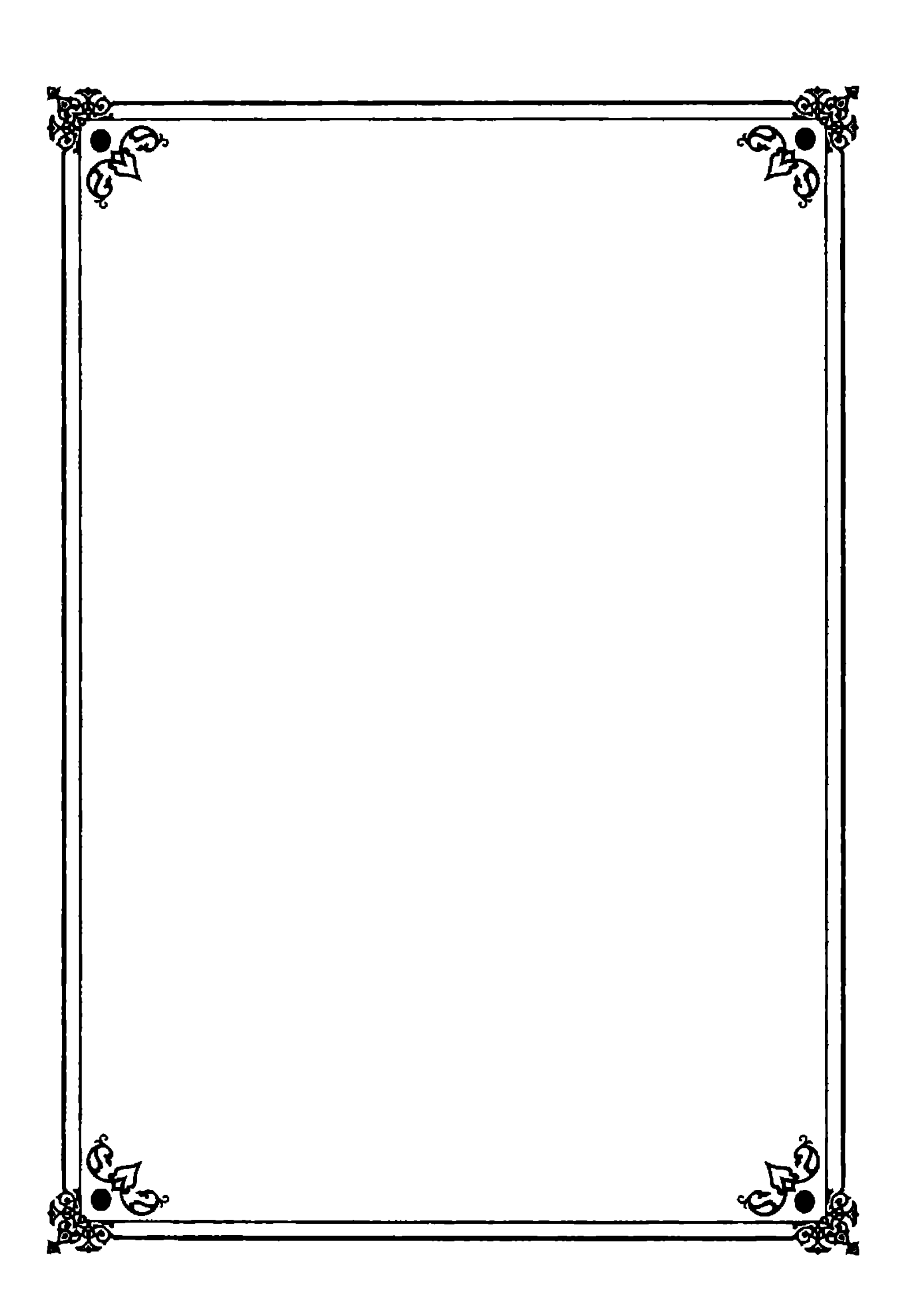
(١) في (ب): (تصادقهم).

(٢) «الهداية» ٤/ ٥٧٩-٥٨٠، و«الاختيار» ٥/ ٥١٩-٥٢٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٤٥٧، و«اللباب» ٣/ ١٧٩-١٨٠.





٣٨
كتاب الحدود



كتاب الحدود[١]

الحدودُ[٢] جمع حد، وهو المنعُ في اللغة، ومنه سُمِّيَ البوابُ حدادًا للمنع من الدخولِ، وحدود الدار لأنها موانعُ من وقوعِ الاشتراكِ، وأحَدَّتِ المرأةُ: منعت نفسَها من (الملاذ)[٣] والتنعمِ، واللفظُ المشتملُ علىٰ ذاتياتِ المحدودِ حدًّا يمنع غيرَه من الدخولِ فيه، وحدودُ الشرعِ موانعُ عن الإقدامِ علىٰ أسبابِها[٤].

وهي في الشرعِ: العقوباتُ المقدرةُ الواجبةُ حقًّا للهِ تعالىٰ، واحترزنا بالمقدرةِ عن التعذير، فإنه وإن كان عقوبةً مشروعةً للزجرِ، إلَّا أنه غير مقدَّرٍ، وبكونه حقًّا لله تعالىٰ عن القصاصِ، فإنه وإن كان متضمنًا للزجرِ، إلَّا أنه حقُّ العبدِ حتىٰ يسقط بالعفو وبالاعتياضِ عنه ولا كذلك الحد، والأصلُ في شرعيةِ الحدودِ وهو الزجرُ؛ فإنَّ الطباعَ الشريرةَ والأنفسَ الشهوانيةَ يغلب عليها تحصيلُ الشهوات بغير الطرقِ المشروعةِ من الشربِ والزنا، والتشفي بالقتلِ، والاستطالة[٥] بالقذفِ والشتمِ[٤]، وأخذِ مالِ الغير، والضربِ، وقطعِ الطريقِ، فاقتضت الحكمةُ الإلهيةُ شرعَ هٰذِه الحدودِ موانعَ وزواجرَ؛ ليبقى العالمُ علىٰ نظامِ العدلِ.

---

(١) وجه المناسبة بين الحدود والجنايات وتوابعها من القصاص وغيره ظاهر من حيث اشتمال كل منهما على المحضور والزاجر عنه .
«اللباب في شرح الكتاب» ٣/ ١٨١.

(٢) «مختار الصحاح» ص١٢٣، و«المصباح المنير» ص٧٨، و«المعجم الوسيط» ١/ ١٦٠.

(٣) في (ب): (التلذذ).

(٤) «المبسوط» ٩/ ٣٦، و«الهداية» ٢/ ٣٨١، و«الاختيار» ٤/ ٣١١، و«اللباب» ٣/ ١٨١.

(٥) في (ب): (الاستطابة).

قال: (إذا زنا رجل بامرأة، بأن وطئها في القبلِ في غير ملكٍ وشبهة فشهد عليه أو عليها أربعة رجال ونشترط ٱجتماعهم، فسألهم الإمام عن ماهيته وكيفيته، ومكانه، وزمانه، والمزني بها، فبينوا كالميل في المكحلةِ وعدلوا سرًّا وجهرًا، أو أقرَّبِهِ عاقل بالغ واعتبروه من ذمي بذمية أربع مرات في أربعة مجالس من مجالسه، ولا نكتفي بالمرة فسئل عما تقدم فبين حكم به، ولم يلحقوا بهما ظهور الحبل).

الزنا عبارةٌ عن وطء الرجلِ المرأةَ في القبلِ في غير الملكِ وشُبْهَتِهِ، وهٰذا البيانُ من الزوائدِ. أما أنه الوطء في القبلِ حرامًا فلفهم ذلك عند إطلاقِ ٱسم الزنا، ولهٰذا فإنه ﷺ حدَّ ماعزًا لما فسرَ الزنا بذلك، وأما ٱشتراطُ عدمِ الملكِ فلأنَّ الملكَ مما يبيح الوطء، فلا يكون زنا، وأما ٱشتراطُ عدمِ الشبهةِ فلقوله ﷺ : « **ادرؤوا الحدود بالشبهات ما ٱستطعتم** »، ولابد في ذلك من مجاوزةِ الختانِ الختانَ؛ لأنَّ المخالطةَ بذلك (تتحقق فإن)[1] ما دونه ملامسة لا تتعلقُ بها أحكامُ الوطءِ من الغسل وكفارةِ الصومِ وفسادِ الحجِ وثبوتِ الرجعةِ وغيرِ ذلك، ثم الزنا يثبت بالبينةِ والإقرارِ، والمراد ثبوتُه عند الإمامِ، إذ الزنا فعل يثبت بفعلِ الزاني، ولٰكن البينة دليل مظهر وعلة في حقِّ العلمِ به، وكذلك الإقرارُ لغلبة الصدقِ على المقرِّ وعلى الخصوصِ فيما يضره ثبوت موجبِه، ولما كان الوقوفُ على الحقيقةِ متعذرًا ٱكتفي في ثبوتهِ بالدليلِ الظاهر، فالبينة أن

---

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب، ج).

يشهدَ أربعٌ من الرجالِ علىٰ رجلٍ أو ٱمرأةٍ بالزنا[١]، أما ٱعتبارُ العددِ فلقوله تعالىٰ: /١٠٦أ/ ﴿ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ١٥] ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [النور: ٤]، ولقوله ﷺ لقاذفِ ٱمرأته: «**ائت بأربعة يشهدون بصدق مقالتك**»[٢]؛ ولأنَّ في ٱعتبارِ الأربعِ معنى السترِ المندوبِ إليه في الشرعِ، وأما ٱجتماعهم في مجلسٍ واحدٍ فهو شرطُ صحةِ الشهادةِ. وقال الشافعي رحمه الله[٣]: تصح شهادتُهم متفرقين؛ لأنَّ الآيةَ ناطقةٌ باشتراطِ الأربعِ دون ٱتحادِ المجلسِ فلا يقيد به كما في سائرِ الشهاداتِ.

ولنا[٤]: أن هٰذِه شهادةٌ يمكن فيها ٱحتمالُ أن يصيرَ قذفًا موجبًا للحد إن لم يتم نصاب الشهادةِ، فتتوقف صحة شهادة من شهد على ٱنضمامِ (من يتم)[٥] نصاب الشهادةِ فيتقيد بالمجلسِ كالإيجابِ والقبولِ بخلاف الشهادةِ في سائرِ المواضعِ؛ لعدم ٱحتمالِ أن يصير شيئًا آخر غير الشهادةِ، وههنا حين وجدت ٱحتمل كونها قذفًا موجبًا للحد إن لم ينضم إليه تمام نصابِها، فإذا ٱنتهى المجلسُ ولم يتم تقرر ذلك قذفًا؛ لتوقف تمامها شهادة على ٱنضمامِ الباقي، واتصالِ القضاءِ بها، وعدم توقف تمامها قذفًا علىٰ وجودِ شيء، ثم إذا شهدوا في مجلسٍ واحدٍ مجتمعين سألهم

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٣٨،«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٤-١٦٥، و«اللباب» ٣/ ١٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦-٨.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٤: لم أجده هكذا، ثم عزاه للبخاري [(٤٧٤٧)] من حديث ابن عباس بلفظ: «**البينة، وإلا حد في ظهرك**»، ولأبي يعلىٰ [٥/ ٢٠٧ (٢٨٢٤)] من حديث أنس بلفظ: «**أربعة شهود وإلا فحد في ظهرك**».

(٣) «روضة الطالبين» ٧/ ٣١٥.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«الاختيار» ٤/ ٣١٢-٣١٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٥، و«اللباب» ٣/ ١٨١.

(٥) في (ج): (مرتبة).

القاضي عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين (هو)[(١)] زنىٰ؟ وبمن زنىٰ؟ وهٰذا للاحتياطُ والاحتمال[(٢)] في درءِ الحدِّ، أما السؤالُ عن الماهيةِ والكيفيةِ فلجوازِ أن يشتبهَ عليهم فيظنون ما دون الزنا (زنا)[(٣)]؛ لأنه يطلقُ عليه ٱسمُه مجازًا[(٤)]، كما قال ﷺ: «**العينان تزنيان واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه**»[(٥)]، وأما السؤالُ عن الزمانِ والمكانِ فلجوازِ أن يكون الزنا في دارِ الحربِ أو في زمانِ الصبا، أو في زمانٍ متقادمٍ، وأما السؤالُ عن المزني بها فلاحتمالِ حلِّها له أو لاحتمالِ شبهة تدرأ الحد عنه لا يقف عليها الشهودُ، فإذا بينوا ذلك كله، وذكروا أنها محرمةٌ عليه من كل وجهٍ، وهٰذا زائدٌ في «المختصر»، وقالوا: رأينا وطأها في فرجها كالميلِ في المكحلةِ، وعُدِّلوا سرًّا وجهرًا، وكيفية التعديلِ يأتي في الشهاداتِ إن شاء الله تعالىٰ بحكم الحاكمِ به[(٦)].

وأما الإقرارُ بأن يقر العاقلُ البالغُ علىٰ نفسه بالزنا أربعَ مراتٍ في أربعةِ مجالسَ يرده القاضي في كل مجلسٍ منها، فإذا تمت سأله عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنىٰ؟ وبمن زنىٰ؟ فإذا بين حكم به[(٧)].

---

(١) من (ج).

(٢) في (ب، ج): (الاحتيال).

(٣) من (ب، ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٨١، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٦، و«اللباب» ٣/ ١٨١.

(٥) رواه أحمد ٢/ ٣٧٢، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٣٧٠)، من حديث أبي هريرة.

(٦) «المبسوط» ٩/ ٣٨، و«الهداية» ٢/ ٣٨١-٣٨٢، و«الاختيار» ٤/ ٣١٢-٣١٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٦.

(٧) «الهداية» ٢/ ٣٨٢، و«الاختيار» ٤/ ٣١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٦، و«اللباب» ٣/ ١٨٢.

وأما ٱشتراطُ العقلِ والبلوغِ فلأنهما شرطُ توجه التكليفِ، ولأنَّ قولَ الصبي (غير معتبر)[(١)] أصلًا عند الشافعي[(٢)] وغير معتبر عندنا[(٣)] فيما يضره؛ لأنَّ أقوالَه علىٰ ثلاثةِ أقسامٍ: ما ينفعه وهو معتبرٌ غير متوقفٍ على الأذنِ، وما يضره وهو غيرُ معتبرٍ، وما يدور بين النفعِ والضر فيتوقف علىٰ إذنِ الولي، وأما الإسلامُ فليس بشرطٍ عندنا حتىٰ لو كان ذميًّا فأقرَّ بالزنا بذميةٍ يحده القاضي إذا رفعوا إلينا. وقال مالك[(٤)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يحده؛ لأنَّ قولَ الذميِّ لا يوجبُ على القاضي شيئًا.

ولنا[(٣)]: أنه أقرَّ علىٰ نفسه بوجوبه عليه فيقبل لقوله تعالىٰ: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة:١٣]، ووجوب الحكمِ على القاضي بسبب تقلدِه القضاءَ لا بقول الذميِّ، وهٰذِه فرع على القولِ بوجوبِ القضاءِ بينهم بترافعهم.

ولأصحابِ مالك[(٥)] رحمهم الله في ذلك قولان، وإنما قيدنا بالذميةِ لأن الزنا بالمسلمةِ علىٰ وجهِ الٱستكراه موجبٌ للقتلِ؛ لأنَّ عنده نقض للعهدِ، والقيدُ من الزوائد.

وأما ٱشتراطُ الأربعِ فمذهبنا[(٣)].

---

(١) في (ب): (معتبر غير متوقف).

(٢) «المهذب» ٢/ ٢٦٧، و«الوجيز» ٢/ ١٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠٦، و«التنبيه» ص٢٤١، و«مختصر التبريزي» ص٣٨٢.

(٣) «الهداية» ٢/ ٢٨٣، و«الاختيار» ٤/ ٣١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٦، و«اللباب» ٣/ ١٨٢-١٨٣.

(٤) «المدونة الكبرىٰ» ٤/ ٣٨٤، و«الكافي» ص٥٧١، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧٧٣-٧٧٤، و«المعونة» ٣/ ١٣٧٦-١٣٧٧، و«التفريع» ٢/ ٢٢١.

(٥) «التفريع» ٢/ ٢٢٤، و«المعونة» ٣/ ١٣٩٥.

وقال الشافعي[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يكتفىٰ فيه بالمرةِ الواحدةِ، علىٰ أن الإقرارَ دليل مظهر، والظهورُ يثبتُ بالمرة، فلم يفد التكرارُ زيادةً فيه[٢] بعد ظهورهِ بخلافِ الشهادةِ، فإنَّ زيادةَ العددِ فيها يوجبُ زيادةَ الظهور، واعتبارًا بسائر الحقوقِ.

ولنا: حديث ماعز[٣] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، فإنه ﷺ أخر إقامةَ الحدِّ عليه حتىٰ تم إقراره في أربعةِ مجالسَ يُعرِضُ عنه ﷺ في كلِّ مرةٍ حتىٰ يخرجَ من المسجدِ[٤]. وفي روايةٍ: طرده حتىٰ توارىٰ بحيطانِ المدينةِ[٥]، فلو كانت المرةُ كافيةً لما أخَّر إلى الرابعةِ لثبوتِ الوجوبِ بالأولىٰ، ولقوله ﷺ بعد أن أقر الرابعة: «**الآن أقررت أربعًا**»[٦]، فإنه دليلٌ علىٰ أنَّ الوجوبَ معلق بها، ولما روي أن أبا بكرٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لما أخَّر الثالثة قال له: إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ. وهو دليلٌ علىٰ سبق العلم بأن هٰذا العددَ شرط؛ لأنه لا يعلم إلَّا توقيفًا، ولأن الزنا مختصٌ بزيادة تأكيد ليس في غيره، ألا ترىٰ أنه مختص بزيادة العددِ في الشهادةِ فكذا في الإقرارِ إعظامًا لأمره ومبالغة في السترِ المندوبِ إليه[٧].

---

(١) «الأم» ٦/ ١٣٥، و«المهذب» ٢/ ٢٦٩، و«الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«مختصر التبريزي» ص٣٨٦.

(٢) في (ج): (قيد).

(٣) ماعز بن مالك الأسلمي، وقيل: إن ٱسمه: عريب، وماعز لقبه، له صحبة، وقصة رجمه في عهد النبي ﷺ ثابتة في الصحيحين وغيرهما، وهي مشهورة. ٱنظر: «أسد الغابة» ٥/ ٨، و«الإصابة» ٢/ ٤٧٩، ٣/ ٣٣٧.

(٤) رواه بنحوه البخاري (٥٢٧١) ومسلم (١٦٩١) من حديث أبي هريرة.

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٦ (٦٤٣): لم أجده.

(٦) تقدم تخريجه، وليس فيه قوله: «**الآن أقررت أربعًا**»، وانظر «الدراية» ٢/ ٩٥-٩٦.

(٧) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٠، و«الهداية»

وأما ٱشتراطُ ٱختلافِ مجالسِ المقرِّ فلما روينا، والاختلافُ يثبتُ بأن يرده الإمامُ في كلِّ مرة فيذهب حتىٰ يغيبَ عن نظرِه، ثم يجيء فيقر، هٰذا هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله[1]، ولأنَّ لاتحادَ المجلسِ مع تعدد الأُقاريرِ أثرًا في جمعِ المتفرقِ منها فتقوم الشبهةُ في أن تلك الأقاريرَ واحدةٌ حكمًا، والإقرارُ قائمٌ بالمقرِّ، فيعتبر ٱختلافُ مجلسهِ دونَ مجلسِ القاضي أو الإمامِ.

وإذا تم إقراره كذلك سأله القاضي عما تقدم للمعاني التي سبق ذكرها، وقيل: لا يسأله عن الزمانِ لأن تقادمَ العهدِ مانعٌ من الشهادةِ دون الإقرار، وقيل: لو سأله جازَ لجوازِ أنه زنىٰ في صباه، فلذلك أطلقَ في الكتابِ، وأما ظهور الحبلِ فليس مما يثبتُ به الزنا عندنا[1].

وقال مالك رحمه الله[2]: يثبت إما بالبينةِ أو بالإقرارِ أو بظهورِ الحبلِ؛ لأن ظهوره من غير /١٠٦ب/ زوج أدل دليلٍ علىٰ زناها، فيثبتُ به لظهورِ دليلِه.

ولنا: أن حالَ المسلمِ والمسلمةِ يمنع من ٱقترافِ هٰذِه الكبيرةِ، وهٰذا الحمل يجوز أن يكونَ عن نكاحٍ صحيحٍ أو عن نكاحٍ فاسدٍ، وهٰذا الاحتمال[3] مستند إلىٰ دليلٍ وهو حالُ الإسلامِ المانعِ من ٱقترافِ الكبيرةِ فقامت الشبهةُ الدارئةُ للحدِّ.

٢/ ٣٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩-١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٦٢.

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩-١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٦٢.

(٢) «التلقين»٢/ ٤٩٨-٤٩٩، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧٧-٧٨٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٠٨، و«المعونة» ٣/ ١٣٨٩.

(٣) في (ب): (الحمل).

قال: (ويقبل رجوعه).

إذا رجع المقرُّ عن إقرارِهِ في أثناءِ الحدِّ أو قبلِ إقامتِه سقط (عنه)[١] الحدُّ؛ لأن الرجوعَ خبر محتملٌ للصدقِ، فليس فيه من يكذبه فتتحقق الشبهةُ في الإقرارِ؛ وهٰذا لأنَّ الإقرارَ بالمالِ يعارضُ الرجوعَ فيه بتكذيبِ المقرِّ له فيتساقطانِ فيبقى الإقرارُ السابق. وأما هٰهنا فيتعارض الإقرارُ والرجوعُ وإن لم يكن الرجوعُ صالحًا للمعارضةِ لمكان التهمةِ، لٰكن (يورث)[٢] شبهة وهي كافيةٌ في درءِ الحدِّ بخلافِ القصاصِ وحدِّ القذفِ؛ لتعلق (حق)[١] العبدِ بالقصاص وحدِّ القذفِ، فكان مكذبًا في الرجوع بخلاف ما هو خالصُ حقِّ الله تعالىٰ[٣].

قال: (ويستحب تلقينه إياه).

فيستحب للإمام أن يلقنه الرجوعَ فيقول له: لعلك قبَّلْتَ أو لمستَ، لقوله ﷺ لماعز رضي الله عنه: «**لعلك مسستها**[٤] **أو قبلتها**»[٥]، قال في «الأصل»: وينبغي للإمام أن يقول: لعلك تزوجتَها أو وطئتَها بشبهة، وهو قريب مما رويناه في معناه[٦].

---

(١) من (ب، ج).

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٤، و«الهداية» ٢/ ٣٨٢-٣٨٣، و«الاختيار» ٤/ ٣١٦، و«اللباب» ٣/ ١٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٠.

(٤) في (ب): لمستها.

(٥) رواه الحاكم ٤/ ٣٦١-٣٦٢ من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٦٨٢٤) وليس فيه قوله: «مسستها».

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٨٣، و«الاختيار» ٤/ ٣١٦-٣١٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٦٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٨.

قال: (ولو أقر بعد القضاء بالبينة مرةً يسقطه وأقامه).

إذا قامت البينةُ علىٰ رجلٍ بالزنا فحكم القاضي به فأقرَّ المشهودُ عليه بذلك مرةً واحدةً.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: بطلت الشهادةُ لفواتِ شرطِ القبولِ، وهو إنكارُ الخصمِ، ولا يحدُّ بالإقرارِ لعدم شرطِهِ، وهو كونه أربعَ مراتٍ في أربعةِ مجالسَ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: لا تبطلُ الشهادةُ لاتصالِ الحكمِ بها فتأكدت، فلم يبطلها بعد القضاءِ ما كان يبطلها قبله، وهٰذا الخلافُ مبني علىٰ أصلٍ، وهو أنَّ الإمضاءَ من القضاءِ عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] في الحدودِ فيما قبل الإمضاءِ بمنزلة ما قبل القضاءِ، وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ بمزلةِ ما بعد القضاءِ[2].

قال: (ويبدأ الشهودُ برجم المحصنِ ثم الإمامُ، ويقدم في الإقرارِ، ثم الناسُ، ويجوز أن يُحفر لها في الرجم ويغسَّل ويكفَّن ويصلىٰ عليه).

لا يخلو الزاني إما أن يكونَ محصنًا أو غيرَ محصنٍ، وتفسير الإحصانِ يأتيك، فإذا كان محصنًا فحدُّه الرجمُ بالحجارةِ حتىٰ يموت، وقد ٱستغنىٰ عن بيانِ ذلك بقوله: (فيغسَّل ويكفَّن ويصلىٰ عليه)، وإذا أرادوا إقامةَ الحدِّ عليه بدأ الشهودُ برجمه ثم الإمامُ ثم الناسُ، هكذا فعل عليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ؛ ولأنه قد يقدم علىٰ أداءِ الشهادةِ من لا يقدم علىٰ مباشرةِ الرجم تعظيمًا للنفسِ،

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٤، «مختلف الرواية» ٣/ ١٢٠٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٢.

فيحمله ذلك على الرجوعِ عن الشهادةِ، فيكون في البدايةِ بالشهودِ ٱحتياطًا في درءِ الحدِّ، ولا كذلك في الجلدِ؛ لأنه ليس كلُّ واحدٍ يحسنه، فربما وقعَ مهلكًا، وليس الغرضُ من الجلدِ الإهلاك، فلذلك لا يجبُ تقديمهم، والرجمُ مهلكٌ تساوىٰ فيه الناسُ، وفي تقديمهم فائدةُ إمكانِ الرجوعِ فيجب، وأما في الإقرارِ فيتقدم الإمامُ، كذا فعل عليٌّ ﵁ وأمرَ رسول الله ﷺ أن يحفر للغامدية حفرةً إلىٰ صدرِها وأخذ حصاةً مثل الحمصة فرماها بها، وقال: «**ارموا واتقوا الوجه**»، فلما طفئت أخرجَها وصلىٰ عليها، وقال: «**لقد تابت توبةً لو قسمت علىٰ أهلِ الحجازِ لو سعتهم**»[1].

ولا ينبغي أن يُربَطَ المرجومُ ولا يُمسَكَ ولا يحفر للرجلِ، لكنه يُرجمُ قائمًا؛ لأنه ﷺ لم يفعل بماعز شيئًا من ذلك، وما رُويَ أنه هربَ دليلٌ عليه، وإنما يغسَّل ويكفَّن ويصلَّىٰ عليه لقوله ﷺ في قصةِ ماعز ﵀: «**اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم**»[2]، ولأنه باذلٌ نفسَهُ في حقٍّ مستحقٍّ عليه فلم يسقط الغسلُ كما لو قتل قصاصًا، ولصلاة النبي ﷺ على الغامديةِ بعد رجمها[3].

---

(١) رواه مسلم (١٦٩٥) من حديث بريدة وليس فيه: أنه ﷺ رماها بحصاة مثل الحمصة، وقال: «ارموا واتقوا الوجه» وهي عند أبي داود (٤٤٤٤).

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٢/ ٤٥٩ (١١٠١٤)، من طريق أبي معاوية، عن أبي حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن أبيه.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٣-٣٨٤، و«المبسوط» ٩/ ٥١-٥٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٣-٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٨٣-٣٨٤، و«الاختيار» ٤/ ٣١٧-٣١٨، و«درر الحكام» ٢/ ٦٣-٦٤، و«اللباب» ٣/ ١٨٣.

قال: (فإن ٱمتنع الشهودُ سقط أو غابوا يحكم بإقامته وهما بانتظارهم).

أما الأول فلأنَّ الٱمتناعَ دليل الرجوع عن الشهادةِ فسقط الحدُّ، وأما الثاني فظاهرُ الروايةِ أنَّ الغيبةَ والموتَ كالامتناعِ لفواتِ الشرطِ. وقال أبو يوسف رحمه الله[1] في الغيبةِ: يقام الحدُّ لظهور الزنا من المحصنِ بالحجةِ الكاملةِ فلا يتوقف.

ولهما: أن إقامة الحدِّ في الزنا الثابتِ بالبينةِ لم يشرع إلَّا مبدوءًا بالشهودِ لما روينا، فوجب التوقف ليقام على الوجهِ المشروعِ، وصار كما لو ماتوا[1].

قال: (ومنع الناسُ من الحدِّ، بقول القاضي مالم يعاينوهم).

القاضي إذا أمر برجم من قد ثبتَ زناه وإحصانه عنده أو بضربِ من ثبت زناه غير محصنٍ عنده، ومنع الناسُ الإقدام علىٰ ما أمر به من غير معاينةِ الشهادةِ ولا بسبب وجوبِ الرجم أو الجلدِ عند أبي حنيفة[2] وأبي يوسف[2] رحمهما الله.

وقال محمد[2] رحمه الله: لا يسعهم ذلك مالم يشاهدوا أداء الشهادةِ ويتحققوا سبب الوجوبِ، وقد أخذ فقهاءُ ما وراء النهرِ بقول محمد رحمه الله[2] وقالوا[3]: إن الفسادَ غالب علىٰ قضاةِ زماننا، فلا يؤتمنون وعلى الخصوصِ في الحدود التي تندرئ بالشبهةِ.

---

(١) «الاختيار» ٤/٣١٨، و«فتح القدير» ٥/٢٢٧-٢٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/١٦٨، و«اللباب» ٣/١٨٣-١٨٤، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٩.

(٢) «ملتقى الأبحر» ١/٥٥٨، و«حاشية ابن عابدين» ٤/١٢.

(٣) في (ب): (وقال).

ولهما: قوله تعالىٰ: ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ [النساء: ٥٩] فوجبَ الأئتمارُ عند صدورِ الأمرِ منهم تحقيقًا /١٠٧أ/ للطاعةِ المأمورِ بها، وقد فصَّل بعضهم في ذلك تفصيلًا حسنًا، فقال: القضاة أربعةٌ: عالمٌ عادلٌ، وهٰذا واجبُ الطاعةِ؛ لأن علمَه وعدلَه يمنعانه عن ٱرتكابِ ما ليس بأمرٍ شرعيٍّ، فيجب الأئتمارُ لأمره مطلقًا من غير تفحصٍ عن سبب الثبوتِ عنده، وعادلٌ جاهلٌ، وهٰذا يسأل عن كيفيةِ ثبوت ما يثبت عنده في تلك الواقعة وسبب القضاءِ فيها، فإذا أخبر عما يوافق الشرعَ قُبِلَ قوله وعمل به، وظالمٌ عالمٌ، وظالمٌ جاهلٌ، وهذان لا يُسمعُ قولُهما ولا يلتفتُ إليهما؛ لأنَّ العلمَ مع الظلمِ لا ينفع؛ لأنه يستعين به على الظلمِ، وإذا ٱجتمع الجهلُ والظلمُ كان الحال أطمَّ، أقول: ويجوز أن يسأل الثالث عن ثبوتِ الحكم (عنده)[1]، فإن وافقَ مقتضىٰ علمه عُملَ به، وإن ظهر فيه (أثر)[2] ظلمه ترك؛ لأنه إذا أهملَ مطلقًا فقد أهملَ ما يجبُ مراعاته وهو العلمُ[3].

قال: (ويجلد الحرُّ مائة جلدة والعبد خمسين، ولا نجيزه لمولاه بغير أمر الإمام وينزع عنه ثيابه والفرو والحشو عن المرأة، ويفرق علىٰ أعضائِه قائمًا بسوط لا ثمرة له ضربًا متوسطًا، ويحترز عن الوجهِ والفرجِ والرأسِ ويأمر بضربه سوطًا).

لما ذكر حد المحصنِ أتبع بما يتعلق بغير المحصنِ[4]، وهو إما عبدٌ

---

(١) من (ب، ج). (٢) من (ب).

(٣) «ملتقى الأبحر» ١/ ٥٥٨، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٢.

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٨٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٩-١٧٠، و«اللباب» ٣/ ١٨٤-١٨٥، و«درر الحكام» ٣/ ٦.

أو حرٌّ، فالحرُّ حدُّه أن يجلدَ مائةَ جلدةٍ لقوله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وقال في حقِّ الإماءِ: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]؛ ولأن الرقَّ منقصٌ (للنعمة فتنقص)[1] به العقوبةُ لأن الجنايةَ مع توفر النعم أفحش فتغليظُ الجزاءِ به أليقُ، وليس للمولىٰ أن يقيمَ الحدَّ علىٰ عبدِهِ إلَّا بإذن الإمامِ[2].

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3]: يجوز بغير إذنه لأن ولايةَ المولىٰ علىٰ عبدهِ أكثرُ من ولاية الإمامِ، فإن له من التصرفاتِ فيه ما ليس للإمامِ، وإذا كانت له الولايةُ المطلقةُ جاز له أن يقيمَ عليه الحدَّ وصار كالتعزير.

ولنا: قوله ﷺ: «**أربع إلى الولاة**»[4]، وذكر منهَا الحدودَ، ولأنَّ الحدَّ حقُّ الله تعالىٰ فإن شرعيته للزجرِ المؤثر في إخلاءِ العالمِ عن الفسادِ، ولهٰذا لا يسقط بإسقاطِ العبدِ، وإذا كان حقُّ الشرعِ تعين نائبه في إقامته، وهو الإمامُ أو من ينوب منابه بخلافِ التعزيرِ؛ لأنه حقُّ العبدِ، ألا ترىٰ أن الصبيَّ يُعَزَّرُ وإن كان غيرَ مخاطبٍ لحقوقِ الشرعِ.

وأما نزعُ الثيابِ عنه، فالمراد به غيرُ العورةِ بدلالةِ نزعِ الفرو والحشو عن المرأة؛ لأن بدنَها عورةٌ، وكشف العورةِ حرام، والفرو والحشو مانعٌ عن وصولِ الألمِ الذي هو سببُ الانزجار فيجرد عنه[5].

---

(١) من (ب، ج).

(٢) «الاختيار» ٤/ ٣٢١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩.

(٣) «الأم» ٦/ ١٣٥، و«المهذب» ٢/ ٢٦٨، و«التنبيه» ص٢٤٢، و«مختصر التبريزي» ص٣٨٦.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٩ (٦٥٧): لم أجده.

(٥) «الاختيار» ٤/ ٣٢١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٣.

وعليٌّ ﷺ أمر بتجريدِ المحدودِ[(١)]؛ ولأنه أبلغُ في إيصالِ الألمِ إليه، وحدُّ الزنا مبناه على الشدةِ في الضربِ، فيشرع التجريدُ ويتحفظ عن كشفِ العورةِ؛ لأنه حرامٌ، وإنما يفرق الضربُ علىٰ أعضائه تحرزًا عن التلفِ، فإنه لو جمع الضرب كله علىٰ عضوٍ واحدٍ قد (يفضي إليه)[(٢)]، وشرعية هٰذا الحدِّ للزجر لا للإتلافِ. ذكر في «المنظومة»[(٣)] أنه يخص الظهرَ بالضربِ عند الشافعي ﷺ[(٤)].

قال في «الوجيز»[(٥)]: ويفرقه علىٰ جميعِ بدنه إلَّا الوجه والمقاتل فتركت الخلافَ فيه، وإنما يضربُ قائمًا -وهو من الزوائدِ- يقول علي ﷺ: يُضربُ الرجالُ في الحدودِ قيامًا والنساءُ قعودًا؛ ولأن مبنىٰ إقامةِ الحد على الشهرةِ والقيامُ أبلغُ فيه، ولا نمد الرجل على الأرض مدًّا كما يفعله الكفارُ، ولا يمد السوط، ولا يرفعه الضاربُ فوق رأسهِ، ولا يمد السوط بعد الضربِ؛ لأن ذلك كله غير مستحقٍّ فلا يفعل. ومعنىٰ قوله: (لا ثمرة له): أي بكسر ما في السوطِ من الثمرةِ وتجردِه عنها، فالقدوةُ في ذلك علي ﷺ، فإنه فعل ذلك حين أقامَ الحدَّ، والضربُ المتوسطُ أن يكون بين المُبَرِّح وغيرِ المؤلمِ، فإن المُبَرِّحَ مفضٍ إلى الهلاكِ، والثاني لا يفيدُ ما شرعَ له الحدُّ وهو الزجرُ[(٦)].

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٨ (٦٥١): لم أجده، بل المنقول عنه خلافه.

(٢) في (ب): (يقضىٰ عليه).

(٣) «المنظومة» لوحة (١٢٧).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٧١، و«الوجيز» ٢/ ١٨٢.

(٥) «الوجيز» ٢/ ١٨٢.

(٦) «الاختيار» ٤/ ٣٢١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٣.

ويتحرز عن الوجهِ والفرجِ لقوله ﷺ للذي أمره بضرب الحدِّ: «**اتق الوجه والمذاكير**»[١]؛ ولأن اجتناب المقاتل فيما لا يراد فيه التلفُ، والهلاكُ متعين، ولهٰذا قصد المقتل في الرجمِ؛ لأنَّ المرادَ فيه الإتلافُ والفرجُ مقتل والوجه مجمعُ المحاسنِ فلا يؤمن فوات شيءٍ منها بالضربِ، وهو إتلاف حكمي[٢].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يضرب الرأسَ ضربةً واحدةً[٢]، وعندهما يجتنب ضربه كما يجتنب ضربَ الوجهِ والفرج. له قول أبي بكر رضي الله عنه: اضربوا الرأسَ فإن فيه شيطانًا، ولأنه ﷺ نهىٰ عن ضربِ الوجهِ والمذاكير[٣]، ولم يذكر الرأسَ.

ولهما[٢]: أن هٰذا الحدَّ شرع زاجرًا لا متلفًا، والضربُ على الرأسِ قد يفضي إلى التلفِ، ولهٰذا لا يضرب الرأس فوق السوطِ الواحدِ إجماعًا، والتنصيص على الوجهِ والمذاكيرِ تنصيص على الرأسِ؛ لأنَّ الوجهَ مجمعُ المحاسنِ والرأسُ مجمع الحراسِ، فلما كان المنعُ من ضربِ الوجهِ والمذاكيرِ معللًا بالإفضاءِ إلى الهلاكِ صورةً أو معنىٰ، والعلة[٤] شاملة فعم الحكم، وأما حديثُ أبي بكر رضي الله عنه فقد نقل أنه (في)[٥] حربي كان من دعاةِ الكفرِ، وكان إهلاكه مستحقًا.

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٨ (٦٥٢): لم أجده، وعزاه موقوفًا عن علي لابن أبي شيبة «المصنف» ٥/ ٥٢٤ (٢٨٦٦٦).

(٢) «الاختيار» ٤/ ٣٢١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٣.

(٣) تقدم تخريجه، وأنه موقوف علىٰ علي.

(٤) في (ب): والعاملة.

(٥) من (ب، ج).

وتعيينُ السوطِ من الزوائد[١]. /١٠٧ب/

قال: (ولا يجمع بين الجلد والرجم).

المحصن لا يجمع في إقامةِ الحدِّ عليه بين الجلدِ والرجمِ؛ لأن الحدَّ شُرِع زاجرًا والزجرُ يحصل بالرجمِ الذي هو أقصى العقوبةِ، فخلا الجلد عن فائدةِ الرجم[٢]، وليس المرادُ زجرة المحدود لفواتِه بعد هلاكِه؛ ولأنه ﷺ لم يجمع بينهما[٣].

قال: (ولا يجمع بين الجلد والنفي حدًّا).

إذا وجب جلدُ البكر فهو تمامُ حدِّه، ولا يجمع عليه بين الجلدِ والنفي علىٰ أنه حد، لكن للإمامِ أن يغربه علىٰ قدر ما يرىٰ علىٰ وجه التعزيرِ.

وقال الشافعي رحمه الله[٤]: يغربه عامًا علىٰ أنه من الحد[٥] لقوله ﷺ: «**البكر بالبكرِ جلد مائةٍ وتغريب عام**»[٦].

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿ فَٱجۡلِدُواْ ﴾ [النور: ٢] فوجبَ أن يكونَ المذكورُ كلَّ الحد، إما لأنه جزاءٌ على الجنايةِ بحرف الفاء، والجزاء اسم للكاف، وإما لأنه كلُّ المذكورِ؛ لأنَّ السكوتَ في موضعِ الحاجةِ إلى البيانِ

---

(١) «الاختيار» ٤/ ٣٢١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٣.

(٢) في (ب، ج): (الزجر).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٣، و«درر الحكام» ٢/ ٦٤، و«اللباب» ٣/ ١٨٧.

(٤) «الأم» ٦/ ١٣٣، و«المهذب» ٢/ ٢٦٨، و«الوجيز» ٢/ ١٦٧-١٦٨، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠٧، و«التنبيه» ص٢٤١.

(٥) في (ج): (الجلد).

(٦) رواه مسلم (١٦٩٠).

بيانٌ، ولأنَّ في التغريبِ فتحَ بابِ الزنا، فلم يجز أن يكون من الحدِّ الذي شرعَ زاجرًا عنه، لأنَّ المزني بها إذا نفيت لم يبق من يستحي منه من عشيرتها، فتُقدم عليه، أو لأنها حالة الغربة لا تتمكن من تحصيلِ ما تقوم بمعاشها فتتخذ زناها مكسبًا، وهو من أعظمِ وجوهِ الزنا[١]، يؤيد ذلك قول علي ﷺ: كفىٰ بالنفي فتنة.

وأما ما رواه فهو منسوخٌ بالآيةِ كما نسخ باقيه، وهو قوله ﷺ: «**والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة**»[٢]، وبيان ذلك أنَّ الحدَّ في الأصلِ كان الأذىٰ بالكلامِ كما قال الله تعالىٰ: ﴿فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦] ثم نسخ ذلك بالحبسِ كما قال تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ﴾ إلىٰ قوله: ﴿أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] (ثم نسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت[٣] ﷺ وهو قوله ﷺ: «**خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا)**[٤] **البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة**»[٥]، فكان ذلك بيانًا للسبيل الموعود في الآية، وذلك قبل نزولِ آيةِ النور لقوله ﷺ: «**خذوا عني**» ثم نزلت آيةُ الجلدِ فكانت ناسخةً، فاستقر الحكمُ في غيرِ المحصنِ والرجم في حقِّ المحصنِ.

وقوله: (حدًّا) هو موضعُ الخلافِ، فإن عندنا يجمع تعزيرًا لا حدًّا، وعلىٰ ذلك يُحمل ما رُويَ من الحديثِ المنسوخِ، وما (روي)[٦] من

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٤٤-٤٥، و«الهداية» ٢/ ٣٨٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٠.

(٢) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) من (ب، ج).

(٥) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٦) من (ب).

فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما[١]، فإن عمر نفىٰ رجلًا فلحق بالروم فقال: لا أنفي بعدها أحدًا. فدلَّ ذلك أنه فعله تعزيرًا، إذ الحد لا يجوز الإخلالُ به، ولو كان حدًّا لما ٱختلف فيه الصحابةُ رضي الله عنهم، وقد تقدم قولُ علىٰ رضي الله عنه ورجوعُ عمر رضي الله عنه، والإمامُ إن رأي ذلك مصلحةً فعله لأن فيه فائدةً حاضرةً وهو صاحبُ سياسةٍ، فيمضي ما تقتضيه المصلحةُ الحاضرةُ[٢].

قال: (ويرجم المريض ويؤخر جلده).

إذا زنا المريض وحدُّه الرجمُ رُجم لأن الإتلاف مستحقٌّ، فلم يكن المرضُ مانعًا، وإن زنىٰ وحدُّه الجلدُ يؤخرُ إلىٰ أن يبرأ من مرضِه؛ لأنَّ الهلاكَ ليس بمستحقٍّ والجلدُ قد يفضي بالمرضِ إلى الهلاكِ، فكان مانعًا[٣]، ولهٰذا لا يقامُ القطعُ في غايةِ الحرِّ والبردِ للإفضاءِ إلى الهلاكِ[٤].

قال: (والتأخير إلى ٱستغناء الولد لعدم المربي رواية، وجلد الحامل حتىٰ تتعالىٰ من نفاسها ورجمها حتىٰ تضع).

إذا زنت الحاملُ وحدُّها الجلدُ يؤخر جلدُها حتىٰ تتعالىٰ من نفاسِها أي: تخرج منه؛ لأن ذلك نوعَ مرضٍ فيؤخر إلىٰ زمانِ البرء، وإذا زنت وحدُّها الرجمُ يؤخر رجمُها حتىٰ تضعَ حملهَا؛ لأن الولدَ نفسٌ محترمةٌ فلا يجوز إهلاكُه، فإذا وضعته جاز الرجمُ لانفصالِ المانع عنه.

---

(١) رواه عبد الرزاق ٧/ ٣١٥ (١٣٣٢٨).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٤٤-٤٥، و«الهداية» ٢/ ٣٨٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٠.

(٣) في (ب): (ثابتًا).

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٨٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٤، و«اللباب» ٣/ ١٨٩.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] أن رجمها يؤخر إلىٰ أن يستغني عنها ولدُها إذا لم يكن له من يقومُ بتربيته لأن المانعَ من رجمها وهي حامل وهو حفظُ الولدِ، وذلك موجودٌ بعد وضعهِا إياه فإنه إذا لم يكن له من يقومُ بتربيته أدىٰ إهلاك أمه إلىٰ ضياعِه، فيؤخر حفظًا (له)[2]، فإذا ٱستغنىٰ عنها زالَ المانعُ على الإطلاقِ، وهٰذِه روايةٌ حسنةٌ. وفي الحديثِ أنه ﷺ قال للغامديةِ بعدما وضعت: «**ارجعي حتىٰ يستغني ولدك**»[3]، وهٰذِه الروايةُ من الزوائدِ. ثم الحاملُ تحبسُ حتىٰ تضعَ ولدَها إن كان زناها ثابتًا بالبينةِ تحرزًا عن الهربِ، وإن كان ثابتًا بالإقرارِ لم تحبس؛ لأن رجوعَ المقرِّ في الزنا مقبولٌ فلا يفيده حبسُه[4].

قال: (ويشترط الإسلام في الإحصان مضافًا إلى الحرية والبلوغ والعقل، والدخول بزوجته في نكاح صحيح وهما محصنان).

الإحصانُ الذي هو شرطُ الرجمِ أن يكون الزاني حرًّا عاقلًا بالغًا قد تزوج ٱمرأةً نكاحًا صحيحًا ودخل بها وهي محصنةٌ حال الدخولِ، وهٰذا بالإجماعِ[5]، والإسلامُ أيضًا شرطٌ عندنا[6].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٨٦، و«درر الحكام» ٢/ ٦٤، و«اللباب» ٢/ ٦٤.

(٢) من (ج).

(٣) قصة الغامدية تقدم تخريجها، وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٠١: لم أجده بلفظه.

(٤) «الاختيار» ٤/ ٣٢٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩١.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١١.

(٦) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٩-٢٨٠، و«المبسوط» ٩/ ٣٩، و«اللباب» ٣/ ١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٦-١٧.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: ليس بشرطٍ، أما العقلُ والبلوغُ فشرطان في توجهِ التكليفِ وأهليةِ العقوبةِ، وأما ما عداهما فيشترطُ لحصولِ كمال الجنايةِ ليترتب عليه كمالُ العقوبةِ، إذ كفران النعمةِ عند توفرها أغلظُ، وهٰذِه الأشياءُ من جلائلِ النعم، وقد نيط الرجم باستجماعها فيخرج ما عداها من النعم كالشرفِ والعلمِ وغير ذلك؛ لعدم ورودِ الشرعِ باعتبارها، ولا يجوز نصبُ الشرعِ بالرأي؛ ولأن هٰذِه كلها زواجرُ عن الزنا؛ لأن الحريةَ ممكنة من النكاحِ الصحيحِ، والنكاح الصحيح ممكن /١٠٨أ/ من الوطءِ الحلالِ، والإسلامُ ممكن من نكاحِ المسلمةِ، ويؤكد ٱعتقاد الحرمةِ، فكان زناه مع حصولِ هٰذِه الزواجرِ أغلظَ في الجنايةِ. وللشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في عدم ٱعتبارِ الإسلامِ ما رُويَ أنه ﷺ رجم يهوديين قد زنيا[2].

ولنا[3]: قوله ﷺ: «**من أشرك بالله فليس بمحصن**»[4]، ورجمه ﷺ كان بحكمِ التوارةِ ثم نسخَ، والمعتبرُ في الدخولِ الإيلاجُ في القبلِ علىٰ وجهِ يوجبُ الغسلَ.

وقوله: (وهما محصنان) جملة حالية من ضميرهما، أي: وهما علىٰ صفةِ الإحصانِ حالَ الدخولِ حتىٰ لو دخل بالمنكوحةِ الكافرة أو المملوكةِ أو المجنونةِ أو الصبيةِ لم يكن محصنًا، وكذلك لو كان الزوجُ عبدًا أو صبيًا

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠٩، و«التنبيه» ص٢٤١، و«غاية البيان» ص٢٩٩.

(٢) «الأم» ٦/ ١٣٩، و«المهذب» ٢/ ٢٦٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠٩.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٤٠، و«فتح القدير» ٥/ ٢٣٨-٢٣٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٢-١٧٣.

(٤) رواه الدارقطني ٣/ ١٤٧ من حديث ابن عمر، وقال: والصواب موقوف.

أو مجنونًا أو كافرًا، وهي حرةٌ مسلمةٌ عاقلةٌ بالغةٌ، وإنما شرط ذلك لتتكامل النعمةُ الزاجرةُ عن الزنا، إذ الطبعُ ينفر عن صحبة المجنونةِ، والرغبة قليلة في صحبةِ الصغيرةِ لقلة رغبتها فيه، وكذلك في المملوكةِ تحرزًا عن رقِّ الولدِ، وكذلك عن الكافرةِ، لأنَّ الاختلافَ في الدين مانع عن الإئتلافِ[1].

قال: (ويحكم به لإسلامها بعده).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: إذا تزوجَ امرأةً كتابيةَ ودخل بها ثم أسلمت بعد الدخولِ يثبت إحصانهُ.

وقالا[2]: لا يثبت إحصانُه حتىٰ يدخلَ بها بعد الإسلام[3] له أن النعمةَ متكاملةٌ بوطء العاقلةِ البالغةِ لتوافر الرغبةِ من الجانبين.

ولهما: قوله ﷺ لحذيفة[4] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ وقد تزوجَ ذميةً: **« دعها فإنها**

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٤٠، و«الهداية» ٢/ ٣٨٥-٣٨٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٢-١٧٣.

(٢) «المبسوط» ٩/ ٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٣، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١٧-١٨.

(٣) في (ب): (إسلامها).

(٤) حذيفة بن اليمان، وهو حذيفة بن حسيل، ويقال: حسل بن جابر بن أسيد بن عمرو بن مالك، ويقال: ابن اليمان بن جابر بن عمرو بن ربيعة بن حروة بن الحارث بن مازن بن قطيعة بن عيسىٰ بن يغيض بن ريث بن غطفان بن سعد بن قيس عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان، أبو عبد الله العبسي، حليف بني عبد الأشهل، صاحب سر رسول الله ﷺ. شهد مع رسول الله ﷺ أحدًا هو وأبوه، وقُتِل أبوه يومئذٍ، قتله المسلمون خطأ. سكن الكوفة، وتوفي سنة ست وثلاثين بالمدائن، بعد قتل عثمان رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بقليل، ولم يدرك الجمل.

انظر ترجمته في «طبقات ابن سعد» ٥/ ٥٢٧، و«معرفة الصحابة» ٢/ ٦٨٦-٦٩١ (٥٦٦)، و«الاستيعاب» ١/ ٣٩٣-٣٩٤ (٥١٠)، و«أسد الغابة» ١/ ٤٦٨-٤٧٠ (١١١٣)، و«تهذيب الكمال» ٥/ ٤٩٥-٥١٠ (١١٤٧).

لا تحصنك»[١]؛ ولأنَّ النعمةَ لا تتكاملُ مع ٱختلافِ الدينِ لحصول نفرةِ المسلم عن صحبةِ الكافرةِ.

قال: (وأثبتناه برجل وامرأتين).

الإحصانُ يثبت بشهادةِ رجلٍ وامرأتين.

وقال زفر رضي الله عنه[٢]: لا يثبت لأنَّ الإحصانَ شرطُ ثبوتِ الرجمِ، وإن كان حدُّ الزنا يثبت بشهادة (شهود)[٣] الزنا، لكن تعين الرجم بشهودِ الإحصانِ، فكانت هٰذِه الشهادةُ هي التي تجعل الشهادة على الزنا موجبةً للرجمِ فتنزلت منزلةَ علةِ العلةِ، وشرطُ الذكورةِ مراعىٰ في جميعِ أسبابِ العقوباتِ احتيالًا[٤] للدرءِ.

ولنا[٢]: أنَّ الإحصانَ شرطُ أهليةِ الزاني لوجوبِ الرجمِ عليه؛ لأنه عبارةٌ عن أوصافٍ جميلةٍ وخصالٍ حميدةٍ، ولا أثر لذلك في العقوبةِ، فلا يشترط لثبوتهِ ما يشترط لوجوبِ الرجم لكونه شرطًا محضًا وليس بشرط لعلة الوجوبِ ولا لإقامةِ الحدِّ[٥]، ولا للظهور؛ لأن علةَ الوجوبِ هو الزنا وعلة إقامةِ الحدِّ ظهورُه، وعلة ظهورِه الشهادةُ، وليس شيء من ذلك متوقفًا على الإحصانِ، والحكم لا يضافُ إلى الأهليةِ، فكذا إلىٰ شرطِها[٢].

---

(١) رواه سعيد بن منصور (٧١٥)، والدارقطني ٣/ ١٤٨ ولكن عن كعب بن مالك، وأما حديث حذيفة فرواه سعيد بن منصور (٧١٦) أنه تزوج يهودية، فكتب إليه عمر: طلقها.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٠٦-٣٠٧، و«المبسوط» ٩/ ٤٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٤٧٣، و«الهداية» ٢/ ٣٩٧-٣٩٨.

(٣) من (ب، ج).

(٤) في (ج): (احتياطًا).

(٥) في (ب): (الحدود).

قال: (ولو قالوا: دخل بها فهي مقبولة كالجماع وخالفه).

شهودُ الإحصانِ إذا قالوا: نشهد أن هٰذا تزوج ٱمرأةً مسلمةً عاقلةً بالغةً نكاحًا صحيحًا، ودخلَ بها يثبتُ إحصانُه عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

وقال محمد رحمه الله[1]: لا يثبتُ إحصانهُ، ولو شهدوا بالوطء أو بالجماعِ صح إجماعًا. له أن الدخولَ أمر محتملٌ فقد يعبر به عن الوطء وقد يعبرُ به عن الدخولِ للزيارةِ أو للعيادةِ، ومع الاحتمالِ لا يكون لفظُ الدخولِ محصلًا للعلم بالوطء.

ولأبي حنيفة رحمه الله[1] أنَّ هٰذا اللفظَ لا يستعملُ إلَّا في الوطء، فكان العلمُ بالوطء حاصلًا به بخلافِ الدخولِ للزيارةِ والعيادةِ؛ لأنه يقال فيهما دخلَ عليها لأنها كالشهادةِ على الجماعِ، وقد عرف به في المتنِ حكمه وأشار به إلى التعليلِ[1].

قال: (وإذا شهدوا بحدٍّ متقادمٍ لا لبعدهم ردت إلَّا في القذف).

والأصل أن ما كان خالصُ حقِّ الله تعالىٰ من الحدودِ يبطلُ بالتقادمِ؛ لأنَّ الشاهد (فيها)[2] مخيرٌ بين أن يشهدَ علىٰ فاعلِها وبين أن يسترَ عليه، كل ذلك حسبة للهِ تعالىٰ.

فإذا أخر الشهادةَ لا لكونه بعيدًا عن القيامِ ثم أقدمَ علىٰ أدائها، فإن كان التأخيرُ لاختياره السترَ، فالباعثُ على الإقدامِ حينئذٍ عداوةٌ أو ضغنٌ يوجب في شهادته تهمةً مانعةً عن القبولِ، وإن كان لا لاختيار الستر كان

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٤٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٤٧٣، و«فتح القدير» ٥/ ٢٩٩-٣٠٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٣٦.

(٢) من (ب، ج).

بالتأخيرِ آثما فاسقًا فلا يقبل أيضًا، وهٰذا بخلافِ الإقرارِ لانتفاءِ التهمةِ مطلقًا، وإنما ٱستثنىٰ (حدَّ)[١] القذفِ؛ لأن فيه حقَّ العبدِ وهو دفعُ العارِ عنه، ولهٰذا لم يصح رجوعُه عنه لو أقرَّ به، والتقادمُ غير مانعٍ في حقوقِ العبادِ؛ ولأنَّ قبولَ الشهادةِ في حقوقهم مترتبٌ علىٰ تقدُّمِ الدعوىٰ، فيحمل التأخيرُ علىٰ عدمِ المدعي، فلا يكونُ موجبًا للفسقِ[٢] بخلافِ حدِّ السرقةِ لعدم توقفِ الأداءِ على المدعي في حقِّ الحبسِ، فيكون التأخيرُ موجبًا للتهمةِ، فإن الدعوىٰ فيه شرطٌ في المالِ. وأما في حدِّ القذفِ فلا يقبل في حقِّ الحبسِ؛ لأن فيه حقَّ العبدِ، وفي حقوقهم لا تقبل الشهادةُ في حقِّ الحبسِ كما في القصاصِ. ثم التقادمُ كما يمنع قبولَ الشهادةِ في الأبتداءِ يمنع إقامةَ الحدِّ بعد القضاءِ قبل الإمضاء؛ لكون الإمضاء من القضاءِ في باب الحدودِ؛ لأن المقصودَ من القضاءِ في حقوقِ العبادِ إعانةُ العاجزِ، وفي حقوق الله تعالىٰ /١٠٨ب/ الزجرُ لا غير؛ لتعاليه سبحانه عن العجزِ والإعانةِ، فكان الإمضاءُ فيها من القضاءِ، وهٰذا كما إذا ضرب بعض الحدّ فهربَ، ثم أخذ بعد تقادمِ الزمانِ لا يقام عليه بقية الحدِّ[٣]، خلافًا لزفر ﷺ[٣]، والقياسُ[٤] أن يقام؛ لأنَّ هٰذا التأخيرَ بعذرِ الهربِ، فلم يكن قادحًا في الشهادةِ،

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٥، و«المبسوط» ٩/ ٦٩-٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٣١٤، و«اللباب» ٤/ ١٨٩.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٥، و«المبسوط» ٩/ ٦٩-٧٠، و«الهداية» ٢/ ٣٩٣، و«الاختيار» ٤/ ٣١٤.

(٤) «فتح القدير» ٥/ ٢٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٧-٥٩٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٣١-٣٣.

والأول هو الاستحسانُ، لأنَّ العارضَ في هٰذِه الحدودِ بعد الشهادةِ قبل الإقامةِ كالمقترنِ بالشهادةِ بدليل عمى الشهودِ وردتهم.

واختلف في حدِّ التقادمِ، ففي «الجامع الصغير»[1] أشارَ إلىٰ ستةِ أشهرٍ بقوله: بعد حين، وكذا أشارَ الطحاوي[2]، وأبو حنيفة رحمه الله[3] فوضَ ذلك إلىٰ رأيِ الإمامِ في كل عصر.

وعن محمد رحمه الله[3]: التقديرُ بشهرٍ؛ لأنَّ ما دونه عاجلٌ، وهو رواية عن أبي حنيفة[3] وأبي يوسف[4]، وهو الأصحُّ، هٰذا إذا لم يكن بين الشهودِ وبين القاضي مسيرةُ شهر، أما إذا كان تقبل شهادتُهم لأن المانعَ عن إقامة الشهادةِ بعدهم عن الإمامِ؛ ولهٰذا احترز في المتنِ فقال: (لا)[5] لبعدهم، فلم تتحقق الشبهةُ حينئذ، والتقادمُ في حدِّ الشربِ كذلك عند محمد رحمه الله[6]، وعندهما مقدر بزوالِ الرائحةِ كما يأتي إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) «الجامع الصغير» ص٢٧٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٤.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٧٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٤/ ٣١٥.

(٤) «المبسوط» ٩/ ٧٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٢، و«الهداية» ٢/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٤/ ٣١٥، و«اللباب» ٣/ ٢٩٠.

(٥) من (ب).

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٨.

قال: (ويحدون لنقصان عددهم).

لأنهم قذفةٌ فإنه لا حسبة عند نقصانهم، وصورةُ هٰذِه الشهادة قذف، إلَّا أن خروجَها عن القذفِ إلى الشهادةِ موقوفٌ علىٰ كمالِ العدد[١][٢].

قال: (ولو جلد فظهر أحدهم عبدا حدّوا).

إذا شهدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا فجلد بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدًا أو محدودًا في قذفٍ فإنهم يحدونَ لأنهم قذفة فإن الشهود ثلاثة[٣].

قال: (وأرش الضرب الجارح غير واجب وأوجباه في بيت المال).

إذا وجدَ أحدُ الشهودِ عبدًا أو محدودًا في قذفٍ بعد أن جلد بشهادتهم وجرحته السياطُ لم يجب أرشُ الضربِ علىٰ أحدٍ عند أبي حنيفة[٤].

وقالا[٤]: يجب الأرشُ في بيتِ المالِ، ولو رجع أحدهم لم يجب الأرشُ عليه، وعلىٰ هٰذا الخلافِ لو مات من الجلدِ، وعلىٰ هٰذا إذا رجع الشهودُ لا يضمنون.

وقالا[٤]: يضمنون عنده ومعرفة الأرشِ أن يقومَ المحدود عبدًا سليمًا عن هٰذا الأثرِ، ويقوم وبه هٰذا الأثرُ وينظر ما تنقص القيمة فينقص من الديةِ مثلُه لهما أنَّ الجرحَ مضافٌ إلىٰ شهادتهم؛ لأنهم أثبتوا الجلدَ، والاحترازُ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٦٥، و«الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣، و«اللباب» ٣/ ١٨٦.

(٢) في (ج): (القذف).

(٣) «المبسوط» ٩/ ٨٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٣٣.

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥، و«درر الحكام» ٢/ ٦٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٩.

عن وقوعِ الجرحِ غير ممكنٍ فكانوا مثبتين للجلدِ بنوعيه، وقد ٱعترفَ الراجعُ بأنه جانٍ في الشهادةِ إلىٰ تعقيب الجرح فيضمن[١]، أما العبدُ فلا يضمن لعدمِ الجنايةِ لجوازِ كونه عدلًا، إلَّا أنَّ القاضي أخطأ في القضاءِ بشهادته فيجب الضمانُ علىٰ من وقعَ القضاءُ له وهم العامةُ، فيجب في بيتِ المالِ كما في الرجمِ والقصاصِ، وله أنَّ الجرحَ ليس مضافًا إلىٰ شهادتهم؛ لأنَّ الشهادةَ أثبتت الحد[٢] وهو ضربٌ مؤلمٌ غيرُ جارحٍ، وإنما الجرحُ بفعل الضاربِ أو لرقةِ بشرةِ المضروبِ فلا يضمنه أحد، أما غير الضاربِ فلعدم الإضافةِ إليه، وأما الضاربُ فالقياسُ أن يجب الضمانُ عليه، لكن ذلك مستلزم لامتناعِ إقامةِ الحدودِ مخافةَ وجوبِ الضمانِ، فلم يجب مطلقًا[٣].

قال: (ولو رجعوا بعد الرجم حددناهم وغرموا الدية ولا نقتلهم).

إذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ محصنٍ بالزنا فرجم ثم رجعوا عن شهادتهم يغرمون ديته ويحدون حدَّ القذفِ[٤]. وقال زفر ﷺ[٤]: لا يحدون.

وقال الشافعي ﷺ[٥]: يقتلونَ لأنهم أقروا بوجوب[٦] القتل منهم

---

(١) في (ب): (فيضمنون).

(٢) في (ب، ج): (الحدود).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٢، و«درر الحكام» ٢/ ٦٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٩.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٠٧-٣٠٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٦.

(٥) «المهذب» ٢/ ٣٤١، و«حلية العلماء» ٨/ ٣١٥، و«تكملة المجموع» ٢٢/ ٢٩٠.

(٦) في (ب، ج): (وجود).

تسبيبًا، فنزلوا منزلةَ المكرهِ، ولزفر رَحِمَهُ اللَّهُ[1] أنهم إن كانوا قذفة حيٍّ فقد بطلَ موجبه بالموتِ وإن كانوا قذفةَ ميتٍ فهو مرجومٌ بقضاءِ القاضي فيورث شبهةً في إحصانِه دارئةً للحدِّ عنهم[1].

ولنا[1]: في تضمينهم وعدم قتلهم أنهم ليسوا مباشرين ولا (مسببين أما المباشرة)[2] فظاهرةٌ، وأما التسبيبُ فلأنَّ الحكمَ إنما يضافُ إلى السببِ إذا لم يمكن إضافتُه إلى العلة (بتخلل الواسط)[3]، وقد تخللت هٰهنا وسائط من القضاءِ، ورجم الناس إياه باختيارهم، والقاضي لا يصلح آلةً للشهودِ، وكذا الناس ليجعل ما وجد منهم كالموجودِ من الشهودِ بخلاف المكرهِ، فإنه يصلح آلةً للمكرهِ؛ ولأنَّ الظاهرَ أن المكرهَ يختارُ نفسه علىٰ من أكره علىٰ قتلِه، فكان فعلُ المكره مفضيًا إلىٰ (إهلاكٍ ظاهرٍ)[4] أو كان سببًا له فيلزمه القصاصُ، وما قررناه من تخللِ الواسطةِ يمنع إيجابَ المالِ أيضًا، إلَّا أنَّ القاضي ملجأ إلى القضاءِ شرعًا وإن كان مختارًا فيه حقيقة لمكان البينةِ، وكذا الناسُ فقلنا بعدمِ وجوبِ القتلِ مع إيجابِ المالِ عملًا بهما، فإن القتلَ لا يجب بدليلٍ فيه شبهة، والمال قد يجب لكونه أقلَّ خطرًا من النفسِ[1].

ولنا: في إيجابِ الحدِّ أن شهادتهم ٱنقلبت الآن قذفًا بالرجوعِ، وهٰذا لأنَّ هٰذِه الشهادةَ قذفٌ في الأصلِ لأنه نسبة المشهودِ عليه إلى الزنا، وإنما يخرجُ عن كونها قذفًا لاتصالِ القضاءِ بها؛ لأنَّ الشهادةَ للإظهارِ،

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٠٧-٣٠٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤.

(٢) في (ج): (ولا يتعلق بها المباشرة).

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (الهلاكُ ظاهرًا).

وقبل القضاء، وإن كان ظاهرًا عند القاضي /١٠٩أ/ لكنه ليس بظاهرٍ عند الناسِ كافة.

ألا ترىٰ أنه لا يجب عليهم إعانةُ المدعي قبل القضاء ولنا ذلك علىٰ أن كمالَ الإظهارِ عند اتصالِ الحكمِ بشهادتهم، فإذا (انفسخت)[1] الشهادةُ بالرجوعِ انفسخ ما كان مبنيًا عليها، وهو القضاءُ في حقِّهم فانقلبت بتلك الشهادة قذفًا في الحالِ للميتِ، وقد انفسخَ القضاءُ المورث للشبهةِ في حقهم بخلافِ ما لو قذفه غيرهم حيث لا يُحدُّ؛ لأنَّ المقذوفَ غير محصنٍ في حقّ غير الشهودِ لقيامِ القضاءِ في حقِّ غيرهم، لإنَّ انفساخَ الشهادةِ والقضاءِ بسبب رجوعهم مختصٌ بهم، فلا يكون حجةً علىٰ غيرهم[2].

قال: (أو أحدهم قبل الإمضاء وحده وعمما).

قال أبو حنيفة[3] وأبو يوسف[3] رضي الله عنهما: إذا شهد أربعةُ بالزّنا علىٰ رجلٍ فقضى القاضي بوجوبِ الحدِّ (على المشهود عليه، ولم يحدّ القاضي)[4] ثم رجع أحدُهم قبل إقامةِ الحدِّ حدوا جميعًا[5].

وقال محمد[3] رضي الله عنه حُدَّ الراجعُ وحده؛ لأنَّ الشهادة تأكدت بالقضاءِ فلم تنفسخ إلَّا في حقِّ الراجعِ كما لو رجعَ بعد الإمضاءِ، وإنما يسقطُ الحدُّ

---

(١) في (ب): (انقضت) وفي (ج): (انقسمت).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٠٧-٣٠٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٣.

(٤) في (ب): (على المشهود عليه ولم يحد القاضي).

(٥) في (ب): (عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

عن المشهودِ عليه للشبهةِ، ولهما أنَّ الإمضاءَ في الحدودِ من القضاءِ؛ لأنَّ القضاءَ هو الإحكامُ والتبليغُ إلىٰ درجةٍ لا تقبل الزيادةَ، ومن قولهم: وعليها مسرودتان، قضاهما داود وصنع السوابغ تبع أي: أحكم داودُ نسجَهُما، وإنما يبلغ حكمُ القاضي درجةً لا يتصور الزيادة عليها بالإمضاءِ، فكان الرجوعُ قبل الإمضاءِ (ولهٰذا يسقط الحدُّ عن المشهودِ عليه، وصار هٰذا كما لو ٱعترضت أسبابٌ مانعةٌ عن الشهادةِ بعد القضاءِ قبل الإمضاءِ)[١] في الشهود مثل الردةِ أو العمىٰ؛ لأنَّ القاضي لا يمكنه إقامةُ الحدِّ إلَّا عند كمالِ الحجةِ، وإنما تعدم بالرجوعِ كما تعدم بردةِ أحدهما وعماه.

قال: (ولو شهدوا أنه زنىٰ بعمرة وآخرون بأخرىٰ فرجم ثم رجعوا ضمنوا ومنع من حدهم).

إذا شهدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ محصنٍ أنه زنىٰ بعمرة وأربعة رجال أنه زنىٰ (بعزة)[٢] فحكم بالحدِّ ورجم ثم رجعوا جميعًا وضمنوا ديتهَ، قال أبو حنيفة[٣] وأبو يوسف[٣] رحمهما الله: يحدونَ حدَّ القذفِ.

وقال محمد[٣]: لا يحدون؛ لأنَّ رجوعَ كلِّ فريقٍ لا يصحُّ في حقِّ الفريقِ الآخر في إيجابِ حدِّ القذفِ (عليهم)[٤] لجواز كذب كلِّ فريق في الرجوعِ؛ لأن كلًا من الفريقين يثبتُ زنا غير ما يثبته الفريقُ الآخر ضرورة أنَّ الزنا بعمرةَ غير الزنا بزينبَ، فيجعل كل فريق في حقِّ الآخر

---

(١) من (ب، ج).

(٢) في (ب): (بغيرها).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣١٣-٣١٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٣.

(٤) من (ب)، و(ج).

كأنهم ثابتون على الشهادةِ في حكمِ سقوطِ إحصانهِ، ألا ترىٰ أنَّ شهودَ الزنا لو رجعوا بعد الرجمِ وقد قذفه آخر غيرهم لم يجب الحدُّ عليه[1]، وتجعل الشهادةُ قائمةً في حقه، وهٰذا المعنىٰ شبهة يدرأ بها الحدُّ عنهم ولا يسقط بها ضمانُ المحلِّ؛ لأنه يؤدي إلىٰ إهدارِ الدمِ، ولهما أنَّ شهادةَ الفريقين عليه بما شهدا به كشهادتهما عليه بزنا واحد؛ لأنَّ المقصودَ من الشهادةِ إقامةُ الحدّ، وإنما يقام حدٌّ واحد، ألا ترىٰ أن شهادتهما تنزلت منزلةَ الشهادةِ علىٰ زنا واحدٍ في حكمِ الضمان حتىٰ لو رجعَ من كلِّ فريقٍ ٱثنان لم يجب الضمانُ لبقاءِ نصابِ الشهادةِ ببقاء أربعةِ شهود، ولولا قيامُ الشهادتين مقامَ الشهادةِ بزنا واحد لضمنوا؛ لأنَّ الباقي من كلِّ فريقٍ ليس بنصابٍ كاملٍ، فلا تقومُ به الحجةُ، وصار ذلك كثمانية (شهود)[2] شهدوًا بزنا واحدٍ فرجم، ثم رجعوا، فإنهم يحدون، ولأن الشرعَ بإيجاب الضمانِ عليهم حكم في حقِّهم، بأنه محصن قتلوه ظلمًا بسعيهم الباطل فتعذر أن لا يحدوا جميعًا، وقد ٱعترفوا بعفته وقذفهم إياه.

قال: (ومنعناه لاختلافهم في مكانه كما يمنعه عنهم فسقه).

إذا شهدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، واختلفوا في مكانِ الزنا، فردت شهادتهم لا يحدون حدّ القذفِ[3].

وقال زفر[3] رضي الله عنه: يحدون لما مرَّ أن الشهادةَ بالزنا قذفٌ في الأصلِ، وإنما تخرج عن القذفِ باتصال القضاءِ بها، فإذا لم يتصل كانت قذفًا موجبًا للحدِّ.

---

(١) في (ج): (عليهم). (٢) من (ج).

(٣) «المبسوط» ٩/ ٦١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٨٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٩-١٩٠

ولنا[(١)]: أنَّ شرطَ وجوبِ حدِّ القذفِ أن لا تتوافق شهادةُ الأربعِ علىٰ زنا المقذوفِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] وقد فات بسبب توافقِهم علىٰ أصلِ الزنا دون وصفه الذي لم يتم عليه نصابُ الشهادةِ فهو كاملٌ بالنسبة (إلى الأصل)[(٢)] غير كاملٍ بالنسبةِ إلى الوصفِ، فأورث ذلك شبهةً دارئةً للحدِّ كما شهد أربعةٌ بالزنا وهم فساق.

وقد نبّه في المتنِ بهٰذا القياسِ على التعليلِ مع بيانِ خلافِ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[(٣)] في المقيسِ عليه، فعنده أنَّ مشهودَ الزنا إذا كانوا فسقةً يحدون حدَّ القذفِ؛ لأنهم رموه ولم يأتوا بأربعةِ شهداءَ؛ لأنه لا شهادةَ للفاسقِ عنده.

وعندنا[(١)] لا يحدون؛ لأنَّ الفاسقَ من أهلِ التحمل والأداء وإن كان في أدائهِ نوع قصور لتهمةِ الفسقِ، ولهٰذا لو قضى القاضي بشهادته[(٤)] نفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا فيسقط إحصانُ المشهودِ عليه وباعتبارِ قصورٍ في الأداءِ لتهمةِ الفسقِ تثبت شبهة عدم الزنا /١٠٩ب/ فيمتنع الحدان جميعًا.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٦١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«فتح القدير» ٥/ ٢٨٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٩-١٩٠

(٢) من (ج).

(٣) «الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣١٦.

(٤) في (ب): (بشهادتهم).

قال: (ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا أو أحدهم عبدًا فالضمان على المزكين إن تعمدوا، وقالا: في بيت المال).

قال أبو حنيفة رحمه الله[١]: إذا شهدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا فزكاهم المزكون فرجم، ثم ظهر أنَّ الشهودَ عبيدٌ أو مجوس أو أحدهم عبدٌ أو مجوسي، فالدية على المزكين إن كانوا تعمدوا التزكية مع علمهم بحالهم، وإن قالوا حين ظهروا عبيدًا: أخطأنا في تزكيتهم فلا ضمانَ عليهم، وهٰذا الشرطُ من الزائدِ وهو الصحيحُ.

وقالا[١]: الديةُ في بيتِ المالِ؛ لأنهم أثنوا على الشهودِ خيرًا، فلا يضمنون كما لو أثنوا على المشهودِ عليه بأن شهدوا[٢] بالإحصانِ ثم رجعوا، وله أن التزكية في معنىٰ علة العلة فيضافُ الحكمُ إليها بخلافِ شهودِ الإحصانِ؛ لأنه[٣] شرط محض، وهٰذا لأنَّ العلةَ عبارة عمَّا له أثر في الحكم والشرطُ محضُ العلامة، والإحصانُ عبارةٌ عن صفاتٍ جميلةٍ وتلك صالحةٌ للمنع من الزنا، ولا أثر لها في الإفضاءِ إليه، فكان شرطًا[٤]، والتزكيةُ لها أثر في رجحانِ جانبِ صدقِ الشهودِ، والبينةُ إنما تصير بينةً لرجحان جانب الصدقِ فيها، والتزكية هي التي جعلت الشهادةَ علةً، فكانت علة العلة، وههنا لم يضف رجمه إلىٰ فعلِ الناسِ؛ لأنّه

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٦١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥.

(٢) في (أ): (شهدا).

(٣) في (ب): (لأنهم).

(٤) «المبسوط» ٩/ ٥٩-٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥.

بأمر القاضي، ولا إلى القاضي، لأنَّه بأمر الشرعِ، ولا يضافُ إلى الشهودِ بالإجماعِ لمكان ثناء هٰؤلاء عليهم فتعينت الإضافةُ إلى المزكين، وإنما شرط تعمد التزكيةِ مع العلمِ بحالهم؛ لأنَّ هٰذا الضمانَ ضمانُ تسبيب، فيعتمد صفة التعدي فلابدَّ من ٱعترافِهم به، وأما في الخطأِ فلا ضمانَ عليهم إجماعًا؛ لأنهم نوابُ القاضي[1]، والقاضي إذا أخطأ لا ضمانَ عليه، فكذا نائبوه، أما عندنا[1][2] فلأنهم لا يضمنون إذا تعمدوا التزكيةَ، وفيما إذا أخطأوا أوْلىٰ لأنهم بمنزلةِ شهودِ الشرطِ، فلا يضمنون بحالٍ.

وأما عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1] فلأنَّ الضمانَ لإقرارهم بالتعمدِ في تزكية من ليس بمزكىٰ وهو منتفٍ هٰهنا، وتجبُ الديةُ في بيتِ المالِ ٱتفاقًا هٰهنا؛ لأن خطأ المزكين كخطأ القاضي، وخطؤه موجبٌ للضمانِ علىٰ من وقعَ قضاؤه له وهم العامةُ فيجب في مالِهم وهو بيتُ المالِ.

قال: (ولو رجع المزكون عزروا وعليهم الضمان).

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: إذا شهدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا فزكوا فرجم ثم رجعَ المزكون عن التزكيةِ يعزرون وتجب عليهم الديةُ، وسياقُ الكلامِ دلّ علىٰ أنَّ رجوعَ المزكين بعد رجم المشهودِ عليه فلم يحتج إلى التقييد به.

وقالا[1]: يعزرون ولا يجبُ عليهم ضمانه؛ لأنهم بمنزلةِ شهودِ الشرطِ، وله أنهم بمنزلةِ علةِ العلةِ، هٰذا أيضًا لو قالوا: تعمدنا التزكية

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٥٩-٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥.

(٢) في (ج): (عندهم).

مع علمنا بحالِهم كما مرَّ، والأصحُّ أن الديةَ هٰهنا لا تجبُ في بيتِ المالِ، بخلاف ما إذا ظهرَ أحدُ الشهودِ عبدًا أو كافرًا لأنا تيقنًا بخطأ القاضي في قضائِه حيث بني علىٰ شهادةِ المجوسي أو العبدِ، فكان الضمانُ واجبًا علىٰ مَن له القضاءُ، وههنا لم يتيقن[1] بذلك لجوازِ كذبهم في الرجوعِ[2].

قال: (ولو شهدوا به فشهد آخرون به على الشهود فالحد غير واجب مطلقًا، وقالا: حُدَّ الأولون).

رجلٌ شهدَ عليه أربعة رجال أنه زنا بامرأةٍ، ثم شهدَ أربعةٌ آخرون على الشهودِ أنهم هم الزناة بها، لم يحد المشهود عليه ولا أحد من الشهودِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[3].

وقالا[3]: لا يحد المشهودُ عليه. ويحد الشهودُ الأولون؛ لأنهم مجروحون بسببِ شهادةِ الآخرين العدول عليهم بالزنا، فسقط عن المشهودِ عليه بمكان الشبهة، ووجب الحدُّ على الشهودِ؛ لوجودِ المقتضي وانتفاءِ المانعِ.

وله أنَّ المانعَ قائمٌ في حقِّ الشهودِ من إقامةِ الحدّ عليهم وهو الشبهةُ؛ فإنَّ الشهودَ الآخرين أثبتوا أن الزنا الذي شهدَ به الأولون هو الذي تحقق من الشهودَ لا من المشهودِ عليه، والزنا المنسوب إلى المشهودِ عليه ثابتٌ من وجهٍ؛ لأن شهودَه وإن كانوا فسقته إلَّا أنَّ شهادَتهم شهادةٌ والقضاءُ بها نافذٌ،

---

(١) في (ب): (يقضي)، وفي (ج): (يتعين).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٥٩-٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٤، و«الهداية» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٥.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٦٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩١.

وإذا ثبتَ من المشهودِ عليه من وجه ٱنتفىٰ تحققه من الشهودِ من وجه، فتثبت الشبهة المانعةُ من الحدِّ في حقِّهم[١]، كما يثبتُ في حقِّ المشهودِ عليه.

قال: (وشهادتهم به مع ٱختلافهم في طوعها مردودة، وقالا: يحدُّ الرجل).

رجلان شهدا علىٰ زيد بأنه زنىٰ بعمرة وهي مستكرهةٌ، وآخران شهدا عليه بأنه زنىٰ بها وهي طائعةٌ.

قال أبو حنيفة رحمه الله[٢]: لا يحدُّ أحدٌ.

وقالا[٢]: يحد الرجلُ؛ لاجتماع شهادةِ الأربعِ عليه بأنه زان طائعٌ في زناه فيحد دونها، وله أنَّ الشهادةَ مُخْتَلَّة[٣] في حقِّه، فإن الزنا بها وهي طائعةٌ غير الزنا بها وهي مستكرهةٌ، ولم يتم نصابُ الشهادةِ علىٰ أحدهما، فلم يثبت واحدٌ منهما ولم يثبت القدرُ المشترك أيضًا؛ لاستحالةِ وجوده مشخصًا إلَّا في أحدِ هذين ضمنًا فلم يثبت زناه أصلًا، ولا يقال: /١١٠أ/ يوجب أنْ يحدَّ الشهودُ؛ لأنهم قذفةٌ، لأن كلَّ ٱثنين قذفاه (بنوع؛ لأنا نقول: فات)[٤] شرطُ وجودِه وهو عدمُ الإتيانِ بأربعة شهودٍ. وهؤلاء توافقوا علىٰ تحقق مسمًّى الزنا منه فقامت (الشبهةُ الدارئةُ للحدِّ عنهم بتوافقهم)[٤] علىٰ وجودِهِ صورةً، (ولا يثبت وجودُه حقيقة؛ لأن تحققه يستلزم تحقق أحد هذين النوعين ولم يتمّ علىٰ كلِّ واحدٍ منهم

(١) «المبسوط» ٩/ ٦٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩١.
(٢) «المبسوط» ٩/ ٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٤.
(٣) في (ب، ج): (مختلفة).
(٤) غير واضح بالأصل، والمثبت من (ب، ج).

نصابُ الشهادة)[1] فلم يثبت واحدٌ منهما ولا القدر المشترك بينهما؛ لاستحالةِ ثبوتِهِ في الخارجِ لا في ضمنِ أحدهما.

قال: (فإقرارُهُ به مع إنكارِها غير موجبٍ).

إذا أقرَّ الرجلُ أنه زنا بهٰذِه أربعَ مرَّاتٍ في أربعِ مجالس من مجالسِ المقرِّ فقالت: ما زنا بي لم يُحد عند أبي حنيفة[2] رَحِمَهُ اللهُ.

وقالا[3]: يجبُ الحدُّ عليه دونها؛ لأنَّ إقرارهُ معتبرٌ في حقِّ نفسِهِ، وإنكارها معتبرٌ في حقِّ نفسِها، وعدم وجوبه عليها لا يورث شبهةً في حقِّه كما (لو)[4] أقرَّ بالزنا بغائبةٍ وكما لو قالت الحاضرةُ: ٱستكرهني. وكما لو صدقته بخلافِ ما لو قالت: تزوجني[5][6] حيثُ لا يُحدُّ؛ لأنَّ النكاحَ إذا تحقق وجدَ من الجانبين وكذا شبهتُهُ، وإخبارُها بوجودِه دليلٌ علىٰ وجودِهِ وإن تخلَّفَ المدلول[7] فقد أورثَ شبهةً، وههنا هي منكرةٌ للزنا فيثبت دليلُ عدِمه، والعدمُ لا يورثُ شبهةً. وله أنها لما أنكرت لم تثبت محلية الزنا، ووجودُ الفعلِ في غير محلِّه باطلٌ فأورثَ

---

(١) ساقطة من (ج).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٤.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٧، و«المبسوط» ٩/ ٩٨-٩٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٦٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٧، و«المبسوط» ٩/ ٩٨-٩٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٦٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩.

(٦) في (ب): (زوجي).

(٧) في (ب): (المولي).

ٱنتفاءُ المحليةِ شبهةً في حقِّه بخلافِ مالو قال: سرقتُ أنا وفلان. فأنكر فلان؛ لبقاء محليةِ السرقةِ في حقِّ المقرِّ[١] وهو المال وبخلافِ ما ٱستشهدا به.

أما الغائبةُ فإنَّ الثابتَ شبهةُ الشبهة لجواز الإنكار والاعتراف، وههنا الشبهةُ قائمةٌ والمعتبرُ في الحدود الشبهة لاشبهها. وأما قولها: ٱستكرهني ففيه تصديقٌ وزيادةُ نسبةِ كلِّ الفعلِ. وأما تصديقُها فلانتفاءِ الشبهةِ في حقِّه بعد إقرارِه أربعَ مراتٍ وثبوتها في حقِّها[٢] حيث لم يقر أربعًا، ولو أقرت هي أربعَ مراتٍ بأن فلانًا زنا بها فأنكر فالخلافُ هٰذا علىٰ هٰذا لا يحدانِ عنده، وتحدُّ المرأةُ عندهما[٣].

قال: (ولا نحدُّها إذا أطاعت[٤] صبيًا أو مجنونًا).

العاقلةُ البالغةُ إذا أطاعت[٤] صبيًّا مراهقًا أو مجنونًا في الوطء الخالي عن الملكِ وشبهتِه لا يجبُ عليها[٥] الحدُّ[٦].

وقال الشافعي رحمه الله: يجب[٧]؛ لأنَّ الزنا الموجبَ للحدِّ وجِدَ منها بالتمكين من الوطء الخالي عن الملكِ وشبهتِه فلزمها الحدُّ، كما

---

(١) في (ب): (المقدر). (٢) في (ج): (حقه).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٧، و«المبسوط» ٩/ ٩٨-٩٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٥، و«درر الحكام» ٢/ ٦٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩.

(٤) في (ب): (طاوعت).

(٥) في (ب): (عليهما).

(٦) «المبسوط» ٩/ ٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«الهداية» ٢/ ٣٩١، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٧-٢٣٨.

(٧) «المهذب» ٢/ ١٦٩، و«الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣١٢.

لو أطاعت[١] بالغًا عاقلًا وكالرجلِ يزني بصبيةٍ مراهقةٍ أو مجنونةٍ. ولنا أن الزنا حقيقةً هو فعلُه[٢] وزناها تمكينها الحرام من الوطءِ الحرام الذي هو الزنا ولم يوجد منها؛ لأن التمكينَ الحرامَ وإن وجدَ لكن من الوطء الحرامِ لم يوجد؛ لعدم اتصافِ فعل الصبيِّ والمجنونِ بالحرمةِ، بخلاف ما إذا أطاعت[١] بالغًا عاقلًا لقيام الموجبِ للحدِّ منها، وبخلاف وطء الرجلِ صغيرةً أو مجنونةً؛ لوجود الزنا منه حقيقةً[٢].

قال: (ولا إذا زنا في دار الحربِ ثم خرجَ إلينا).

إذا زنا في دارِ الحربِ أو دارِ البغي ثم خرجَ إلينا لا يقام عليه الحدُّ[٣]. وعند الشافعي رحمه الله[٤]: يقام عليه الحدُّ، وقد أفهم الخلافُ في المسألةِ بعطفها على سابقتِها، والخلافُ من الزوائد منقولٌ من «الهداية»[٥].

له: أنه التزم بإسلامِه أحكامَ الإسلامِ أينما كان[٦].

ولنا: قوله ﷺ[٧]: **« لا تقامُ الحدودُ في دارِ الحربِ »**[٧]؛ (ولأنَّ فائدةَ إقامةِ الحدِّ حصولُ الانزجار، وولايةُ الإمامِ عن دار الحربِ)[٨] منقطعةٌ،

---

(١) في (ب): (طاوعت).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٥٤، و«فتاوى قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«الهداية» ٢/ ٣٩١، و«الاختيار» ٤/ ٢٣٧-٢٣٨.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٩٩-١٠٠، و«الهداية» ٢/ ٣٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٧.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«المهذب» ٧/ ٣١٢.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٩٠.

(٦) «تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٢، و«درر الحكام» ٢/ ٦٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٩٥.

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٤٣: غريب، وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٠٤ (٦٦٩): لم أجده.

(٨) ساقط من (ب).

فيعرى الوجوبُ عن إفادةِ ما شرعَ له، وإذا سقطَ الوجوبُ عنه في دارِ الحربِ لم يقم عليه في دارِ الإسلامِ؛ لأنَّ الزنا لم ينعقدْ في دارِ الحربِ موجبًا فلم ينقلب (بالانتقالِ)[١] منها موجبًا[٢].

قال: (ويحكم بحدِّ المستأمن إلَّا في الخمرِ وعكساه إلَّا في (حدِّ)[٣] القذفِ).

قال أبو حنيفة[٢] ومحمد[٢] رحمهما الله: لا يقام شيءٌ من الحدودِ على الحربيِّ المستأمنِ والمستأمنةِ إلَّا في حدِّ القذفِ.

وقال أبو يوسف رحمه الله[٢]: تقام عليه جميعُ الحدودِ إلَّا حدَّ شربِ الخمرِ؛ لأنَّ المستأمنَ ملتزمٌ لأحكامنا ما دامَ في دارنا، وحدُّ الزنا من أحكامِ الإسلام وهو[٤] يعتقد حرمته فيقام عليه كحدِّ القذفِ؛ لاعتقاده حرمتَه بخلاف حدِّ الشربِ؛ لعدم ٱعتقاده حرمتَه، وصار كالذميِّ في ٱستثناءِ (هٰذا)[٣] الحدِّ.

ولهما: أن المستأمنَ لم يدخل دارنا ملتزمًا لأحكامنا بل لقضاءِ حوائجِه مع العودِ إلىٰ داره، فلا تقام عليه أحكامُ الإسلامِ؛ لعدم الٱلتزامِ[٢]، وإنما يقام حدُّ القذفِ؛ لأنه التزمَ أن لا يؤذي أحدًا من أهلِ دارنا فإذا /١١٠ب/ (قذفَ مسلمًا فقد آذاه فيترتب عليه مقتضاه)[٥] بخلاف الذميِّ؛ لالتزامه أحكامَ الإسلام إلَّا ما ٱستثني في عهدهم[٢].

---

(١) في (ب)، و(ج): (بالانقلاب).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٥٧، و«الهداية» ٢/ ٣٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٢-١٨٣.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): (فلا).

(٥) غير واضح في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

قال: (ولو زنا مسلم بمستأمنة يحدهما وخصَّاه به).

(إذا زنا)[١] مسلم أو ذميٌّ بامرأة مستأمنة قال أبو حنيفة[٢] ومحمد[٣] رحمهما الله: يحدُّ المؤمن والذمي خاصةً.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: يحدان جميعًا. والحجة ما تقدَّمَ.

قال: (أو مستأمنٌ بمسلمةٍ يحدهما والإمامُ يخصُّها به، ومنعه).

قال أبو حنيفة[٣] ومحمد[٣] رحمهما الله: إذا زنا مستأمنُ بمسلمةٍ أو بذميَّةٍ لا يحدُّ المستأمن خلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[٣] لما تقدم، وهل تحدُّ المسلمةُ أو الذميَّةُ؟

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: وهو المرادُ بـ(الإمامِ) في المتنِ وفيه توريةٌ بالإمامِ الذي يقيم الحدَّ (يجب)[٤] عليها خاصة.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: لا تحدُّ المسلمةُ أيضًا؛ لأن فعل الرجلِ في الزنا أصلٌ وهي تبعٌ، فإذا لم يجب الحدُّ علىٰ من فعلهُ أصل فبالأولىٰ أن يمتنع[٥] علىٰ من هو تابعٌ، وصار كتمكينها من صبيٍّ أو مجنونٍ. وله أن ما وجدَ منها حقيقةَ الزنا؛ لأنَّه منها التمكين بالحرامِ من الوطءِ الحرامِ. وزنا المستأمنِ حرامٌ؛ لأنه محرمُ الأديانِ بخلاف التمكين من الصبيِّ والمجنونِ فإن فعلَهما لا يُوصفُ بالحرمةِ[٣].

---

(١) غير واضح بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٥٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٠.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٥.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (ألا يجب).

قال: (ولا يجب علىٰ واطئ جاريةِ ولدِه وإن سفل مع العلمِ بالحرمةِ ونفيناه عنه في جاريةِ أصولهِ مع ظنِّ الحلِّ كجاريةِ زوجته وسيدهِ ومعتدتِه عن ثلاثٍ، ويجب للعلم بالحرمةِ، وفي جاريةِ الأخ والعمِّ مطلقًا).

الأصلُ في هٰذا قوله ﷺ: « **ادرؤوا الحدودَ بالشبهاتِ ما ٱستطعتم** »[١]، وهذان نوعان من الشبهةِ، الأولى: الشبهةُ في الفعلِ وهي شبهةُ الٱشتباهِ، والأخرىٰ: شبهةٌ في المحلِّ وهي الشبهةُ الحكميةُ، وشبهةُ الٱشتباهِ لابدَّ فيها من الظنِّ؛ لأن معناه أن يظنَّ غير الدليلِ دليلًا[٢]، والشبهةُ الحكميةُ لا تتوقف على الظنِّ؛ لأنها تتحقق بقيامِ الدليلِ النافي للحرمةِ في ذاتِه، والنسبُ يثبت مع هٰذِه الشبهةِ عند الدعوىٰ؛ لعدم تمحضِه زنا لقيام الدليلِ النافي للحرمةِ، ولا يثبتُ مع شبهةِ الٱشتباهِ لتمحضه زنا، وإن سقط الحدُّ لأمرٍ راجعٍ إليه وهو ٱشتباهُ الحالِ عليه[٣].

وأما شبهةُ الٱشتباهِ فهو أن يطأ جاريةَ أبيهِ أو أمِّه أو زوجته، أو يطأ معتدتَه عن طلاقٍ ثلاثٍ أو بائنًا بالطلاقِ علىٰ مالٍ في العدةِ، أو يطأ أمَّ ولدٍ أعتقها مولاها وهي في العدةِ، أو يطأ العبدُ جاريةَ سيدِه، أو المرتهنُ الجاريةَ المرهونةَ في إحدى الروايتين، وهو الأصحُّ، ففي هٰذِه المواضع إذا

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٠١: لم أجده مرفوعًا، ثم عزاه موقوفًا لابن أبي شيبة، وانظر «المصنف» ٥/ ٥٠٧ وعزاه ابن الملقن في «البدر المنير» ٨/ ٦١١ لأبي مسلم الكجي، عن عمر بن عبد العزيز مرسلًا، ورواه الترمذي (١٤٢٤) من حديث عائشة بلفظ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما ٱستطعتم».

(٢) «المبسوط» ٩/ ٥٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٣، و«الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٨٨-٨٩، و«الهداية» ٢/ ٣٨٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٤-٢٥.

قال: ظننتُ حلَّ مَنْ وطئتُهُ لا يحدُّ. وإن قال: علمتُ الحرمةَ، يجب الحدُّ؛ لأنه ظنَّ أن الفعلَ مباحٌ له كما يباحُ له الاْنتفاعُ بمالِه، أو له نوعُ حقٍّ في الحلِّ ببقاء العدة فظن أن ذلك مما يبيحُ وطأها، فكان ظنُّه مستندًا إلىٰ دليلٍ فكان شبهةً في درء الحدِّ، إذ الشبهةُ عبارةٌ عن قيام الدليل مع تخلفِ المدلولِ أو ما يشبه الثابتَ لا عين الثابتِ، فههنا إذا ظنَّ المحلَّ فقد ظنَّ غيرَ الدليلِ دليلًا فاعتبر ظنُّه شبهةً، وإذا لم يدع ظنَّ الحلِّ وقال: علمتُ الحرمةَ. اْنتفت الشبهةُ[1].

وأما الشبهةُ في المحلِّ فهو أن يطأ جاريةَ ابنه أو مطلقتَه البائنَ بالكنايةِ أو يطأ البائعُ الجاريةَ المبيعةَ قبل التسليمِ، أو يطأ الزوجُ الجاريةَ الممهورةَ قبل القبضِ، أو يطأ الشريكُ الجاريةَ المشتركةَ، والمرتهنُ الجاريةَ المرهونةَ في إحدى الروايتين، وهي رواية كتابِ الرهنِ. ففي هٰذِه المواضعِ لا يجب الحدُّ مع العلمِ (بقيام الحرمة)[2]؛ لقيام الشبهةِ في المحلِّ سواء علم أو لم يعلم. أما في جاريةِ الولدِ فلقوله ﷺ: «**أنتَ ومالكُ لأبيك**»[3].

وأما البائنُ بالكنايةِ فلموضع الاْختلافِ في الكناياتِ.

وأما الجاريةُ (المبيعةُ)[4] والممهورةُ؛ فلبقاء ملكِ اليدِ فيهما، وأما المشتركةُ فلقيامِ حقيقةِ الملكِ في البعض. وأما المرهونةُ فلقيام يدِ الاْستيفاءِ فكان (الوطء)[5] واقعًا في (المحلِّ)[6]. معنىٰ قوله في

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٥٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٣، و«الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٢٩١) من حديث جابر بن عبد الله، وله شواهد أخرىٰ فانظرها في «نصب الراية» ٣/ ٣٣٧، و«الإرواء» (٨٣٨).

(٤) في (ج): (المستعارة).

(٥) في (ب): (الواطئ).

(٦) في (ب): (الحمل).

الكتاب: (ولا يجب علىٰ واطئ جاريةِ ولدِه وإن سفلَ مع العلمِ بالحرمِة) فرعٌ من فروعِ الشبهة في المحلِّ.

وقوله: (ونفيناه عنه).

أي: نفينا الحدَّ عن واطئ جاريةِ أصولِه -أي: أبيه وجدته وجده- وإن علا، أو أمِّه وجدته ففرعٌ من فروعِ شبهةِ الأشتباهِ عندنا[1]؛ ولذلك اعتبر فيه الظنُّ، فإن قال: ظننتُ الحلَّ لم يحد لقيام الشبهةِ، وإن قال: علمتُ الحرمةَ. حُدَّ لانتفاء الشبهةِ، وفي هٰذِه المسألة خلافُ زفر رحمه الله[1] فإنه يقول: يحدُّ مطلقًا لقيام المقتضي وهو الوطء في المحلِّ الخالي عن الملكِ وشبهتِه ولا اعتبار بتأويله الفاسدِ في إسقاطِ ما وجبَ بوطئه، كما لو وطيء أمةَ أخيه أو عمِّه، وقال: ظننتُ الحلَّ. ولنا أن المقتضي عارضَه /١١١أ/ المانعُ وهو دعوى الاشتباهِ في موضعِه؛ لأن بين الأصولِ والفروع انبساطًا، فإن الولدَ ينتفع بمالِ الوالدين كما ينتفعانِ بماله، فجاز أن ينشأ ظنُّه في جواز (الاستمتاع)[2] بجاريتهما من جوازِ الانبساطِ في الانتفاعِ بسائر أموالهما، فكانت الشبهةُ في موضع الاشتباهِ، فانتهضت دارئةً للحدِّ بخلاف جاريةِ الأخ والعمِّ؛ لتباينهما في اليدِ والملكِ والانتفاعِ، ألا ترىٰ أن شهادةَ أحدِهما للآخر مقبولةٌ وفي الأولِ لا تقبل، فكانت جاريتُهما ملحقةً بجاريةِ الأجنبيِّ، فلم يكن الاشتباهُ في موضعِه.

وقاسَ في المتن هٰذِه الصورة علىٰ جاريةِ الزوجةِ وجارية السيدِ في حقِّ العبدِ تنبيهًا على الحكمِ فيها، والمعتدةُ من الزوائد، وأما جاريةُ الأخ والعمِّ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٥٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٣، و«الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨.

(٢) في (ج): (الاستبضاع).

فوطؤها موجبٌ للحدِّ مطلقًا سواء قال: علمتُ الحرمةَ أو ظننتُ الحلَّ؛ لما بينا[١].

قال: (ولا (حد)[٢] في وطءِ من زفت إليه غيرُ ٱمرأتِه وأخبر أنها ٱمرأتُه ويجب المهرُ).

بذلك قضىٰ عمر رضي الله عنه، ولأنه ٱعتمد دليلًا في موضعِ الٱشتباهِ وهو إخبارُ النساءِ أنها زوجته؛ لأنَّ الإنسانَ لا يفرقُ أولَ وهلةٍ بين زوجتهِ وغيرِها إلَّا بالإخبار، فصار كالمغرورِ ولا يحدُّ قاذفُه؛ لعدم الملكِ حقيقةً[٣].

قال: (ولو وجد ٱمرأةً علىٰ فراشِه فوطئها حُدَّ).

لعدم الٱشتباهِ مع طول الصحبةِ، فلم يكن هٰذا الظنُّ مستندًا إلىٰ دليل فلغا، وكذا (الحكم)[٤] إذا كان أعمىٰ لإمكانِ التمييزِ بالسؤال، إلَّا أن يناديها فتجيبُه غيرُها وتقول: أنا زوجتُك؛ لأنه ٱعتمدَ على الإخبارِ وهو دليلٌ في حقِّه[٥].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٨٨-٨٩، و«الهداية» ٢/ ٣٨٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٨، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٤-٢٥.

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ٩/ ٥٧، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٩.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٦، و«المبسوط» ٩/ ٨٥، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٩.

قال: (وواطئ مَحْرَمِهِ بعد العقدِ والعلمِ والمستأجرةِ للزنا واللائطِ، ومن أتى امرأةً في الموضع المكروهِ يعزرون. وقالا: يحدون).

هٰذِه أربع مسائل:

الأولىٰ: قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: إذا تزوجَ من لا يحلُّ له نكاحُها من محارمِهِ كأخته وهو عالمٌ بأنها أختُه فوطئها بعد العقدِ عليها يوجعُ ضربًا وعقوبةً ولا حدَّ عليه[2].

وقالا[2]: عليه الحدُّ؛ لبطلان هٰذا العقدِ لمصادفتِه غير محلٍّ، فإن المحارمَ قد أخرجن شرعًا عن محليةِ النكاحِ لاستلزام المحلِّ تصور قبولِ الحلِّ، ولا قبولَ في المحارمِ فلا محليةَ، فجرىٰ وجودُ هٰذا (العقد)[3] مجرىٰ عدمِه، فلم يفد شبهةً؛ إذ الشبهةُ تثبت في محلٍّ تتصور الحقيقةُ فيه؛ لأنها عبارةٌ عما يثبت من وجه دون وجهٍ، ولا تصور للحقيقةِ في المحلِّ مطلقًا فلا شبهة، فكان وطئًا في محلٍّ خالٍ عن الحلِّ و(عن)[4] شبهته، فأوجب الحدَّ كمن وطيء أختَه من الرِضاع بملك اليمينِ.

وله[2]: أن محليتهن للنكاحِ ثابتٌ باعتبار ما هو المقصودُ الأصليُّ من شرعِ النكاحِ وهو التناسلُ والتوالدُ؛ ولهٰذا ثبت محليتهن في حقِّ الأجانبِ،

---

(١) «الهداية» ٣/ ٣٨٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٤، و«اللباب» ٣/ ١٩١.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٦، و«المبسوط» ٩/ ٨٥، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٧٩.

(٣) في (ب): (القيد).

(٤) من (ب).

وإنما لم يكن محلًّا لنكاحِه لمعنى ٱقتضىٰ ذلك فتثبت حقيقةُ المحليةِ، حيث يترتب علىٰ تلك الصلاحيةِ موجبُها، (وتثبت شبهتُها حيث لا يترتب عليها موجبُها)[1]؛ لأن الدليلَ إذا تخلفَ عنه مدلولُه يثبت شبهةَ المدلولِ، كمن زفت إليه غيرُ ٱمرأتِه وقلن النساء: إنها زوجتُك. فوطئها، فإنه لا حدَّ عليه؛ لأن قولَهن دليلُ النكاح الذي هو سببُ الحلِّ، وكونها غيرَ ٱمرأتِه عارض (هٰذا الدليلَ، فامتنع ثبوتُ مدلولِه وثبتت شبهةُ (السببية)[2] الدارئةُ للحدِّ، فكذا إذا عارضَ)[1] دليلَ المحليةِ معارضٌ فامتنعت حقيقةُ المحليةِ تثبت شبهتها، فتنزلت إضافةُ حقيقةِ الركن إلى المحلِّ شبهةً منزلةَ إضافةِ شبهةِ الركنِ إلى المحلِّ حقيقةً، فيورث ذلك شبهةً في الحكمِ؛ إذ الحكمُ كما يستحيلُ ثبوتُه بدون (قيام المحلِّ يستحيل بدون)[3] قيامِ السببِ، وتخلفُ المدلولِ في السبب أورثَ شبهةً، فكذلك تخلفُ المدلولِ في المحلِّ يورثُ الشبهةَ. والصحيحُ من قول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4] فيما إذا ٱشترىٰ أختَه من الرضاعِ ووطئها عدمُ وجوبِ الحدِّ كما لو وطئ أمته المجوسية، وإنما وجب التعزيرُ؛ لأنه قد ٱرتكبَ جريمةً ليس فيها شيء مقدَّرٌ فيعزَّرُ.

والمسألة الثانية: إذا ٱستأجرَ ٱمرأةً ليزني بها وزنا بها يعزَّرُ ولا حدَّ عليه[5].

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ج): (الشبهة).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٩٦، و«المبسوط» ٩/ ٨٥، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩.

(٥) «المبسوط» ٩/ ٥٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٤-٣٢٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٩-٢٠.

وقالا[١] والشافعي[٢] رحمهم الله: يحدُّ؛ لأنه واطئ في محلٍّ لا حلَّ له فيه ولا شبهةَ الحلِّ، أما الحلُّ فظاهرٌ وأما شبهتُه فلأنها تثبت في محلٍّ الحقيقةِ عند تخلفِ الحقيقةِ عن سببها، والمعقودُ عليه هٰهنا ليس بمحلِّ الإجارةِ، إذ المحليةُ إنما تثبت بالشرع؛ لأنَّ الإجارةَ عقدٌ على المنافعِ بُعوضٍ، والمستوفىٰ هٰهنا بالوطء في معنىٰ جزءِ العين، ألا ترىٰ أن التأبيدَ شرطٌ في النكاح كبيع العينِ، ومحلُّ الإجارة في الشرعِ محض المنفعةِ؛ ولهٰذا كان التوقيتُ من شرطها، فإذا ٱنتفت المحليةُ ٱنتفىٰ ثبوتُ حكمِها في المعقودِ (عليها)[٣] فلم يتصور ثبوت (حلِّ المحليةِ بالإجارةِ، فلا تثبت الشبهة؛ لاستلزام ثبوتها تصور ثبوت)[٤] الحقيقةِ فصار كالوطء قبلَ الإجارةِ وله أن المستوفىٰ بالوطء منفعةٌ حقيقةً /١١١ب/ إلَّا أنَّ الشرعَ أقامه مقامَ جزءٍ من العينِ إبانةً لخطر البضع وشرفِ الآدمية، فاعتبار الحقيقةِ يقتضىٰ قيامَ المحلِّ، فإذا تخلفَ المدلولُ عنه أورثَ شبهةً دارئةً للحدِّ؛ ولهٰذا أطلقَ في الشرع ٱسم (الأجورِ)[٥] على المهورِ كما نطق به التنزيلُ، وقد روي أن ٱمرأةً ٱستسقت راعيًا لبنًا فأبىٰ أن يسقيها حتىٰ تمكنَه من نفسِها، ففعلت ثم رفعَ الأمرُ إلىٰ عمرَ ﵁ فدرأ عنها الحدَّ، وقال: ذلك مهرُها وصار كالمتعةِ[٦].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٥٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٤-٣٢٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٩-٢٠.

(٢) «الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«المهذب» ٢/ ٢٦٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣١٢.

(٣) في (ب، ج): (عليه).

(٤) من (ج).

(٥) في (ب): (الأجرة).

(٦) «المبسوط» ٩/ ٥٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٤-٣٢٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٩-٢٠.

المسألة الثالثة: اللائطُ يعزرُ، وزاد في «الجامع الصغير»[١]: ويودعُ في السجنِ.

وقالا[٢]: يحدُّ حدَّ الزنا وهو (أحدُ قولي)[٣] الشافعي[٤]، وفي قولهِ الآخرِ: يقتلان بكلِّ حالٍ؛ لقوله ﷺ: «**اقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به**»[٥]، وروي: «**فارجموا الأعلىٰ والأسفلَ**»[٦].

ولهما: أن اللواطةَ ملحقةٌ بالزنا لاشتراكهما في المعنى الداعي إليه من حيث كون المحلِّ مشتهىً، ووقوعُ الفعلِ فيه جنايةٌ كاملةٌ فوجب الإلحاقُ بإيجاب الحدِّ إعدامًا أو تقليلًا. وله أنها قاصرةٌ عن الزنا في المعنى الداعي إلىٰ شرعيةِ الحدِّ فيه فامتنع الإلحاق، وهٰذا لأن غلبةَ وجودِ الزنا باعتبار ميلِ الطبعِ (من الجانبين دعت إلىٰ شرعيةِ الحدِّ إعدامًا للزنا أو تقليلًا له، ولم يوجد هٰذا المعنىٰ في اللواطةِ؛ لدعاء الطبعِ)[٧] من الفاعلِ دون المفعولِ به عند سلامةِ الطبعِ، وباعتبارٍ آخر وهو أنَّ الزنا إفسادُ النسلِ وتضييعه وإفسادُ (فراشِ)[٨] الناسِ، فكان تعجيلُ العقوبةِ لإعدامِ هٰذِه المفسدةِ أو تقليلها، وليس في اللواطةِ شيءٌ من هٰذِه المعاني فامتنع الإلحاقُ، ووجبَ التوسلُ إلى الإعدامِ بالتعزيرِ والحبسِ.

---

(١) «الجامع الصغير» ص ٢٨٢.

(٢) «المبسوط» ٩/ ٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٥-٣٢٦، و«اللباب» ٣/ ١٩١-١٩٢.

(٣) في (ج): (قول).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٦٩، و«الوجيز» ٢/ ١٦٨، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٠٩.

(٥) رواه أبو داود (٤٤٦٢)، الترمذي (١٤٥٦)، ابن ماجه (٢٥٦١)، أحمد ١/ ٣٠٠، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٣٥٠)، من حديث ابن عباس.

(٦) رواه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وحسنه الألباني في «الإرواء» (١٧) من حديث أبي هريرة.

(٧) ساقطة من (ج).

(٨) من (ب، ج).

وقد ٱختلف الصحابةُ في ذلك، فعن أبي بكرٍ الصديق رضي الله عنه أنهما يحرَّقان بالنارِ. وعن عليٍّ رضي الله عنه: يحدَّانِ حدَّ الزنا. وعن بعضهم: يحبسانِ في أنتنِ موضعٍ حتىٰ يموتا. وعن بعضهم يهدمُ عليهما جدارٌ. وعن ابن عباسٍ رضي الله عنه: ينكَّسانِ من مكانٍ مرتفعٍ. وفوَّضَ أبو حنيفةَ رحمه الله[1] التعزيرَ إلىٰ رأي الإمامِ العالمِ العادلِ، وما (رواه)[2] محمولٌ على السياسةِ أو على الأستحلالِ.

المسألة الرابعة: إذا أتى ٱمرأةً في الموضع المكروهِ فحكمُه حكمُ اللائطِ، والاختلافُ واحدٌ، والتعليلُ من الجانبين قد مرَّ[3].

قال: (ومن وطئ أجنبيةً فيما دون الفرجِ أو أتىٰ بهيمةً عُزِّرَ).

أما الأول فلأنه أمرٌ منكرٌ وليس فيه حدٌّ مقدرٌ فيجب أن يعزرَ، وأما الثاني فلأنه ليس في معنى الزنا، لنفرةِ الطبع السليمِ عنه فلا يكون جنايةً كاملةً، فإن الحاملَ عليه إما شدةُ الشبقِ أو (فرط)[4] السفهِ فلم يجب الحدُّ لكنه يعزرُ لما بينا. وما يروىٰ أن البهيمةَ تذبحُ وتحرقُ فليس بواجبٍ، وإنما يؤمرُ به لينقطعَ (التحدث به[5])[6].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٥-٣٢٦، و«اللباب» ٣/ ١٩١-١٩٢.

(٢) في (ج): (روياه).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٣، و«فتح القدير» ٥/ ٢٦٢-٢٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٥-٣٢٦.

(٤) في (أ): (قوة).

(٥) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٠٤، و«المبسوط» ٩/ ١٠٢، و«فتح القدير» ٥/ ٢٦٣-٢٦٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٠-١٨١.

(٦) في (أ): (الحديث فيه).

قال: (أو صغيرةً مُشتهاةً لشبهةٍ أو كبيرةً مستكرهةً فأفضاها فوجبت الديةُ فأوجب العقرَ أيضًا).

قال أبو حنيفةَ[(١)] وأبو يوسف[(١)] رحمهما الله: إذا وطئ صغيرةً تُشتهىٰ بشبهةٍ أو كبيرةً غيرَ مطاوعةٍ بشبهةٍ فأفضاها -أي: جعلَها مفضاة لا تستمسك البولَ- ووجب بذلك الديةُ؛ لتفويتِ هٰذِه المنفعةِ، فإنه لا يجبُ (به)[(٢)] العقرُ.

وقال محمد رحمه الله[(١)]: تجبُ واحترز[(٣)] بالإكراهِ في الكبيرةِ عما إذا طاوعتهُ فأفضاها، فإنه لا يجبُ عليه شيءٌ، ولو طاوعت الصغيرةُ يضمن كلَّ الديةِ بالإفضاءِ إن لم تستمسكِ (البولَ، وثلثَها إن ٱستمسكتْ)[(٤)] لأنَّ رضاها غيرُ معتبرٍ، (واحترز)[(٤)] بالمشتهاةِ في الصغيرةِ عمَّا إذا كانت صغيرةً لا تشتهىٰ، فإن الحكمَ فيها بدون دعوىٰ شبهةٍ كالحكمِ في الصغيرةِ المشتهاة بدعوى الشبهةِ، وهٰذِه القيودُ زوائد. له أنَّ الحدَّ يجبُ عند عدمِ الشبهةِ وكمالُ الديةِ بالإفضاءِ؛ لأنَّ وجوبَ أحدِهما لا يمنع من وجوبِ الآخرِ لاختلاف السببِ فإذا سقط الحدُّ بالشبهةِ وجب العقرُ بالوطءِ الحرامِ؛ لأن الوطءَ الحرامَ موجبٌ للعقوبةِ[(٥)] أو الغرامةِ، وقد ٱنتفت العقوبةُ للشبهةِ فوجبت الغرامةُ، ووجوب الديةِ بالإفضاءِ لا يمنع العقرَ؛ لاختلاف السببِ، فإن سببَ وجوبِ العقرِ الوطءُ والمستوفىٰ فيه هو المملوكُ بعقدِ النكاحِ، وسببُ الديةِ الإفضاءُ وهو لا يستوفىٰ بعقدِ

(١) «المبسوط» ٩/ ٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٠-٢١.

(٢) من (ج).

(٣) في (ج): (واحترزنا).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (للعقر).

النكاحِ، فلا يكون إيجابهما في مقابلةِ شيءٍ واحدٍ، ولهٰذا يجب العقرُ كاملًا مع وجوبِ ثلثِ الديةِ بالإفضاءِ مع ٱستمساك البولِ، ولا يدخل أحدُهما في الآخرِ، كذا هٰذا.

ولهما[١]: أنَّ العقرَ بدلُ المستوفىٰ بالوطءِ، والمستوفىٰ به بمنزلةِ العينِ، وقد وجبَ كمالُ بدلِ العضوِ -وهو الديةُ- بتفويتِ منفعتهِ المختصةِ به، فيدخل فيه بدلُ جزئهِ، كما لو شجَّ رجلًا موضحةً فذهب عقلُه فإنه يدخل أرشُ الموضحةِ في الديةِ، بخلاف ما إذا استمسك[٢] البولَ؛ لأن الواجبَ في مقابلةِ الإفضاءِ وهو ضمانُ الجائفةِ لا ضمان العضوِ فلم يتكررِ الموجبُ عن عضوٍ واحدٍ، وههنا لما (وجب عن عضو واحد)[٣] وجبَ ضمانُ العضوِ كاملًا فلو وجبَ العقرُ لزم تكرارُ الموجبِ عن شيءٍ واحدٍ.

قال: (ولا نجمعُ العقرَ مع الحدِّ في المستكرهةِ).

رجلٌ ٱستكره ٱمرأةً على الزنا فزنىٰ بها فوجبَ عليه الحدُّ دونها ولا يجبُ عليه العقرُ /١١٢أ/ لها[٤].

وقال الشافعيُّ رحمه الله[٥]: يجبُ العقرُ[٦] لأنه عوضٌ عن المستوفىٰ بالوطءِ بغيرِ رضاها وهو بمنزلةِ جزءِ العينِ، والحدُّ في مقابلةِ الفعلِ فلم

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٠-٢١.

(٢) في (ب، ج): (لم يستمسك).

(٣) من (ج).

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ٦٧.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٦٩، و«الوجيز» ٢/ ١٦٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣١٠.

(٦) في (ب): (أيضا).

يمتنع أحدُهما بالآخرِ كإتلافِ صيدٍ مملوكٍ في الحرمِ بخلافِ الطائعة؛ لأن الاستيفاءَ برضاها.

ولنا: أن الوطءَ إتلافٌ لمنافع بضعِها حقيقةً، وهي غيرُ مضمونةٍ عندنا، وإنما أوجبنا ضمانَ إتلافِها بإيجاب العقرِ عند سقوطِ الحدِّ إظهارًا لشرفِ المحلِّ وخطرِ الإبضاع؛ لئلا يكون التعرضُ بها خاليًا عن غرامةٍ ماليةٍ أو عقوبةٍ بدنيةٍ، وههنا لما وجبَ الحدُّ فقد وجِدَ أحدُهما[1].

قال: (**ويسقط (الحدُّ)**[2] عمن زنىٰ بجاريةٍ فقتلها به فوجبت قيمتُها، أو ٱشتراها أو نكحها أو كانت جنت عليه قبلَهُ فدُفِعتْ إليه بعدَهُ).

هٰذِه ثلاثُ مسائل، والخلافُ فيها واحدٌ.

وقد أفردَ صاحبُ «المنظومة»[3] ما إذا زنا بها فقتلها بفعلِ الزنا في بابِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4] خلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4] ولا قول لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4]، وصاحبُ «الهداية»[5]: طرد الخلافَ فأثبتُه علىٰ ما فيها.

رجلٌ زنىٰ بجاريةِ غيرهِ فقتلها بفعلِ الزنا وجبت عليه القيمةُ إجماعًا، وهل يجب الحدُّ؟ قال أبو يوسفَ[4]: لا يجب.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٠-٢١.

(٢) من (ب، ج).

(٣) «المنظومة» ٦٨.

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٠.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٩٢.

وقالا رحمهما الله[١]: يجب وعلىٰ هٰذا الخلافُ لو زنىٰ بها ثمَّ ٱشتراها أو زنىٰ بها ثم نكحَها، أو زنىٰ بجاريةٍ كانت قد جنت عليه قبلَ الزنا ثم دفِعَتْ إليه بالجنايةِ بعد الزنا له أنَّ وجوبَ ضمانِ القيمةِ سببٌ لملكِ الأمةِ، وكذلك صدورُ الجنايةِ منها سببٌ لدفعها إليه فيثبت ملكُه فيها مستندًا إلىٰ وقتِ الجنايةِ منها ومنه[٢]، إذ المضموناتُ تملك عند أداءِ الضمانِ مستندًا إلىٰ وقتِ سببِ الوجوبِ، وكذلك شراؤها ونكاحُها، فإنهما سببانِ للملكِ، واعتراضه قبل إقامةِ الحدِّ موجبٌ لسقوطهِ كما في هبة المسروقِ قبل القطعِ، وصارَ كما لو زنىٰ بها فأذهبَ (عينها)[٣] فإنه تجبُ القيمةُ ويسقط الحدُّ ولهما أن هٰذا ضمانُ دمٍ فلا يوجب الملكَ، ولو أوجبَهُ فإنما يوجبُه في العين، وما ٱستوفاهُ من منافع البضعِ معدومٌ فلا يظهر الٱستناد في حقِّهِ، وأما الجنايَةُ منها عليه فليست سببًا لملكِه، إذ لو كانت سببًا لأورثتِ الشبهةَ مطلقًا، والإجماعُ منعقدٌ علىٰ أنه يحدُّ إذا لم تدفع[٤] إليه، فدلَّ على ٱنتفاءِ السببية[٥] فقيل: الدفعُ لا يُثبتُ السببَ ولا الحكمَ، علىٰ أنه لو ثبتَ فالاستنادُ لا يظهرُ في حقِّ المعدومِ، والمستوفىٰ بالوطءِ معدومٌ عند ثبوتِ الٱستنادِ فلا يظهر في حقِّه، وأما الشراءُ والنكاحُ فاعتراضُ سببِ الملكِ إنما يورثُ الشبهةَ إذا

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٠.

(٢) «المبسوط» ٩/ ٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«فتح القدير» ٥/ ٤٧٥-٤٧٦.

(٣) في (ب، ج): (عينيها).

(٤) في (ب): (يدع).

(٥) في (ب): (الشبهة).

أفادَ[١] الملكَ في العين كما في هبةِ المسروقِ قبل القطعِ، والمقتضي هٰهنا لوجوبِ الحدِّ قائمٌ وهو الزنا، وهٰذا الٱعتراضُ لا ينتهضُ مانعًا؛ لأنه لا يفيدُ الملكَ في المنافعِ المستوفاةِ بالوطءِ؛ لكونها معدومةً عند الٱستنادِ، فلا تثبتُ الشبهةُ الدارئةُ للحدِّ، بخلافِ ما إذا زنا بها فأذهبَ عينيها؛ لأنَّ الملكَ يثبتُ له في الجثةِ العمياءِ وإنها عينٌ فتورث شبهةً[٢].

قال: (وأسقطناهُ عن المُكرهِ).

هٰذِه من الزوائدِ، وهي أنه إذا أُكرِه علىٰ فعلِ الزنا ففعلَه لا يحدُّ، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولًا يقول[٣]: يحدُّ، كما هو قول زفر رحمه الله[٣]؛ لأنَّ ٱنتشارَ الآلةِ (دليلٌ علىٰ تحقق الٱختيارِ منه للفعلِ فانتفى الإكراهُ، ولكنه رجعَ إلى القولِ الثاني؛ لأن ٱنتشارَ الآلةِ)[٤] كما يقعُ طوعًا فقد يقعُ طبعًا كما في حقِّ النائمِ فأورثَ شبهةً دارئةً للحدِّ، وإنما أطلقَ المكره ولم (يثبته من)[٥] السلطانِ؛ لأنَّ ما ذكر من الخلافِ بين أبي حنيفةَ[٣] وصاحبيه[٣]، فإنَّ الإكراهَ إن تحققَ من السلطانِ لا يحدُّ وإن تحققَ من غيرهِ حدَّ، ولا يحدُّ مطلقًا ينبني علىٰ أنَّ الإكراهَ لا يثبت حكمُه عند أبي حنيفة رحمه الله[٣] إلَّا إذا وقعَ من السلطانِ، لكن صاحبَ «الهدايةِ»[٦] ذكر في الإكراهِ والسلطانِ

---

(١) في (ب): (أراد).

(٢) «المبسوط» ٩/ ٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«فتح القدير» ٥/ ٤٧٥-٤٧٦.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٦، و«المبسوط» ٩/ ٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨-٤٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩١-٣٩٢.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) في (ب)، و(ج): (ينسبه).

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٩١-٣٩٢.

وغيره سيان عند تحققِ القدرةِ علىٰ إيقاعِ ما توعدَ به، والذي قاله أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ(١) أن الإكراهَ لا يتحققُ إلَّا من السلطانِ، لما أن المنعةَ له، والقدرةُ لا تتحقق بدونِ المنعةِ، فقد قالوا: هٰذا ٱختلافُ عصرٍ وزمانٍ لا ٱختلافَ حجةٍ وبرهانٍ. ولم تكن القدرةُ في زمنهِ إلَّا للسطانِ ثم بعد ذلك تغيَّر الزمانُ وأهلُه، فلذلك أطلقَ المكرَهَ فصارتِ المسألةُ علىٰ هٰذا مجمعًا عليها إذا وقعَ الإكراهُ ممن يقدرُ علىٰ إيقاعِ ما توعدَ به(١).

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٨٦، و«المبسوط» ٩/ ٥٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٦٨-٤٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٩١-٣٩٢.

فصل في حدِّ الشربِ

قال: (يحدُّ شاربُ الخمرِ طوعًا بعد الإفاقةِ إذا أُخِذَ وريحُها موجودٌ إلَّا أنَّ ينقطعَ لبعدِ المسافةِ، وألغى ٱشتراطه ولا يثبتُ به بل بشهادةِ رجلينِ أو بإقرارِهِ، ويعتبره مرتين واكتفيا بمرةٍ).

الأصلُ في وجوب حدِّ الشربِ قوله ﷺ: «**من شربَ الخمرَ فاجلدوه، (فإن عادَ فاجلدوه)[1]**»[2]، والطواعيةُ شرطٌ، فإن المُكرهَ مسلوبُ الٱختيارِ فلا يعدُّ جانيًا، وإقامةُ الحدِّ بعد الإفاقةِ ليتألَمَ بالضربِ فتحصل فائدةُ الٱنزجار، واشتراطُ الرائحةِ مذهبُ أبي حنيفةَ[3] وأبي يوسفَ[3] رحمهما الله خلافًا لمحمدٍ رحمه الله[3] /١١٢ب/ وهٰذا ليتعرفَ به قربَ العهدِ، فإن التقادمَ مانعٌ من إقامةِ الشهادةِ بالاتفاقِ، لكن محمدًا رحمه الله[3] قدَّر التقادمَ هٰهنا بالزمانِ كما قدَّرهُ في الزنا؛ لأن التأخير إنما يكون بمضيِّ الزمانِ، وهما قدَّراهُ بزوالِ الرائحةِ، لقول ابن مسعودٍ رضي الله عنه حين جيء إليه برجلٍ ٱعترف بشربِ الخمرِ: ٱستنكهوه، فإنْ وجدتم رائحة الخمرِ فاجلدوهُ[4].

---

(١) سقط من (ج).

(٢) رواه أبو داود (٤٤٨٢)، والترمذي (١٤٤٤)، وابن ماجه (٢٥٧٣)، وصححه الألباني في «الصحيحة» (١٣٦٠)، من حديث معاوية وله شواهد أخرى. ٱنظرها في «نصب الراية» ٣/ ٣٤٦-٣٤٩.

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٧-٢٨، و«اللباب» ٣/ ١٩٣.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٠٥: لم أجده هكذا، ثم ذكر نحوه عن ابن مسعود، وعزاه لإسحاق، وعبد الرزاق، والطبراني. وهو في «المصنف» ٧/ ٣٧٠ (١٣٥١٩).

شرطَ وجودَ الرائحةِ فتكون شرطًا؛ لأنَّ حدَّ الشربِ يثبتُ بإجماعِ الصحابةِ ولا إجماعَ بدونِ رأيِ ابن مسعودٍ؛ ولأنَّ قيامَ أثرِ الشربِ - وهو الرائحةُ- من أتمِّ الدلائلِ علىٰ قربِ العهدِ، إنما (يصارُ)[1] (إلى التقديرِ بالزمانِ عند تعذُّرِ ٱعتبارِ ما هو أدلُّ على القربِ، وفائدةُ هٰذا (الشرط)[2] أن قبولَ الشهادةِ)[3] والإقرارِ متوقفٌ علىٰ وجودِ الرائحةِ عندهما[4].

وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4] التقادم لا يبطلُ الإقرارَ كما لا يبطله في حدِّ الزنا، وهما أوقفا إقامةَ الحدِّ علىٰ وجودِ الرائحةِ عملًا بما رويناه عن ابن مسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ واستثنىٰ في الكتابِ ٱنقطاعَ الرائحةِ لبعد المسافةِ، يريدُ أنَّه إذا أُخذَ من مكانٍ بعيدٍ، فلما أُتي به إلى الإمامِ لم توجد منه رائحة (الخمر)[5] فههنا يحدُّ؛ لقيام العذرِ فلا يعدُّ ٱنقطاعُه دليلًا على التقادم كما قلنا في حدِّ الزنا، وهٰذا بالاتفاقِ من أصحابنا[4]، وإنما لا يثبتُ شربُ الخمرِ بنفسِ الرائحةِ أو تقيئها؛ لأنَّ الرائحةَ ليست بقطعيةِ الدلالةِ[6] علىٰ شربِ الخمرِ؛ لاحتمال الٱشتباهِ فيها، ولا دلالةَ أيضًا على الشربِ طوعًا لجوازِ وجوده كرهًا، وأنه غيرُ موجبٍ للحدِّ فلذلك نفاهُ في الكتابِ وأضربَ عنه إلى الشهادةِ والإقرارِ؛ لأنهما الدليلانِ الشرعيانِ، وإنما نصَّ على الرجلينِ ٱحترازًا عن شهادةِ النساءِ مع الرجالِ فإنها لا تسمع في الحدودِ؛ لقيام الشبهةِ في شهادتهنَّ باعتبارِ قصورهنَّ عن الرجالِ،

---

(١) في (ج): (يضاف).

(٢) في (أ): (الشرب).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٧-٢٨، و«اللباب» ٣/ ١٩٣.

(٥) من (ب).

(٦) في (ج): (الرائحة).

ولهٰذا ٱشترط منهن ٱثنانِ مع رجلٍ، وينسبُ إليهن الضلالُ في قوله تعالىٰ: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وإنما قبلت في الأموالِ لأنَّ المالَ يثبت مع الشبهاتِ، والحدودُ تندرئ بها. وأما الإقرارُ فحجةٌ من المقرِّ علىٰ نفسهِ فيعمل بها.

وشرطَ أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[1] تكرارَ الإقرارِ مرتين.

وقالا[1]: يكفي الإقرارُ مرةً واحدةً.

وهو نظيرُ الخلافِ في السرقةِ علىٰ ما يأتي إن شاءَ الله تعالىٰ. وهٰذا الخلافُ هٰهنا من الزوائد.

قال: (ويحدُّ السكرانُ من درديها لا من شربةٍ).

(وأما)[2] دردي الخمرِ تتنزلُ منزلتَها عند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[3] حتىٰ يحدَّ شاربُه وإن لم يسكر؛ لأن الحدَّ يجبُ بشربِ، قطرةٍ من الخمرِ، ودرديها[4] يشتملُ علىٰ أكثرَ من قطرةٍ من عينها.

(وعندنا[5] لا يجبُ الحدُّ بمجرد الشربِ بل بالسكرِ منه لما بين الدردي والخمرِ من التفاوتِ فإن قليل الخمر يدعو إلىٰ كثيره)[6] وليس قليل الدردي

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١-٤٨٢، و«الهداية» ٢/ ٣٩٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٩، و«اللباب» ٣/ ١٩٤.

(٢) من (ب).

(٣) «الأم» ٦/ ١٨٠، و«الوجيز» ٢/ ١٨١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٧٦.

(٤) دردي: ما رسب في أسفل السائل من عكره من زيت وغيره ودردى الخمر ما رسب في أسفل الإناء منه. «الصحاح» ص ٣٣٨ مادر درد، و«معجم لغة الفقهاء» مادة دردي.

(٥) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٨.

(٦) من (ب)، و(ج).

يدعو إلىٰ كثيره لما في الطباعِ من النفرةِ عنه فكانَ ناقصًا (عنه)[١] فالتحقَ بغيرِ الخمرِ من المسكراتِ التي يحرم السكرُ منها -علىٰ ما يأتيكَ بيانُه- ولأن الغالبَ على الدردي الثقل فصار كالمغلوبِ بالماءِ، فلا يحدُّ شاربُه مالم يسكر منه.

قال: (والسكرانُ من لا يفرِّقُ بين السماءِ والأرضِ وقالا: من يختلطُ كلامُه. ويختار للفتوىٰ).

(هٰذِه من الزوائد، فحدُّ السكرِ الموجبِ للحدِّ أن لا يعرفَ الرجلَ من المرأةِ والسماءَ من الأرضِ[٢].

وقالا[٢]: هو أن يختلطَ كلامُه ويهذي)[٣].

وإلىٰ هٰذا القولِ مالَ أكثرُ المشايخِ واختاروه للفتوىٰ، فإنَّه هو المتعارفُ، وأبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[٤] يأخذُ في أسبابِ الحدودِ بأقصاها درءًا للحدِّ، وأقصى السكرِ أن (يغلبَ على العقلِ)[٥] فيسلبه التمييزَ بين شيءٍ وشيءٍ؛ لأن التمييزَ دلالةُ بقاءِ شيءٍ من الصحوِ وهو ضدُ السكرِ، فمتىٰ ثبت أحدُهما أو شيءٍ منه لا يثبت الآخرُ، والمعتبرُ في القدحِ الأخيرِ المسكر في حقِّ الحرمةِ هٰذا ما قالاه[٤] بالإجماع أخذًا بالاحتفاظِ،

---

(١) في (ب): (عنها).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٩-٤٠٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٥، و«اللباب» ٣/ ١٩٣.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٠٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤١.

(٥) ساقطة من (ب).

فالقدحُ الحرامُ ما يعقب الاختلاطَ في الكلامِ، ولا يوجب الحدَّ (عنده[١])[٢] والقدحُ الموجبُ للحدِّ ما يوجب الغيبوبةَ[٣]، وعندهما[١] القدحُ الحرامُ هو الموجبُ للحدِّ كما قلنا.

قال: (ولا يحدُّ بإقرارِهِ فيه إلَّا بحدِّ القذفِ).

السكرانُ إذا أقرَّ بالزنا أو بغيره من حقوقِ الله تعالىٰ في سكرِهِ لا يكونُ إقرارهُ موجبًا للحدِّ؛ لجوازِ كذبه في الإقرار بسببِ السكرِ، فتقومُ الشبهةُ في الدرءِ عنه بخلافِ حدِّ القذفِ؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ فيتنزل السكرانُ فيه منزلةَ الصاحي عقوبةً له كغيره من حقوقِ العبادِ[٤].

قال: (ونوجبُ ثمانينَ جلدةً في الحرِّ لا أربعينَ ويجب نصفُها في العبدِ ويستوفىٰ كما مرَّ).

حدُّ الشربِ على الحرِّ ثمانون جلدةً عندنا[٥] يستوفىٰ كما مَرَّ في حدِّ الزنا، يجردُ عن ثيابِهِ، ويفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائِه.

وعن محمدٍ ﵀[٦] أنه لا يجردُ عن ثيابِه تخفيفًا؛ لأنَّ التخفيفَ قد حصلَ في العددِ فلا يخففُ ثانيًا.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٠٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤١.

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) في (ب): (العقوبة).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٠٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٨-٢٧٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٤، و«اللباب» ٣/ ١٩٤.

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: هو في الحرِّ أربعون؛ لما روي أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أمرَ عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بإقامةِ حدِّ الشربِ على الوليد بن عقبةَ بن أبي معيط[٢] فأمرَ الحسن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بإقامةِ الحدِّ عليه، فلما بلغَ الأربعين قال له: حسبكَ، جلدَ رسولُ الله ﷺ أربعينَ (وأبو)[٣] بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[٤].

ولنا: إجماعُ الصحابةِ[٥] من بعدُ على الثمانينَ، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: إذا سكرَ هذىٰ وإذا هذى ٱفترىٰ، وحدُّ المفتري ثمانون سوطًا، وما رواه كان قبلَ إجماعِهم على الثمانينَ. والعبدُ عليه النصفُ؛ لأن الرقَّ أثره /١١٣أ/ في التنصيفِ، وإنما أعقبَ قوله: (ويجب نصفهُا في العبدِ) ليشملَ المذهبين جميعًا[٦].

قال: (ولو أقرَّ ثم رجعَ لم (يحد)[٧]).

لأن حدَّ الشربِ خالصُ حقِّ الله تعالىٰ فيقبلُ فيه الرجوعُ؛ لما مرَّ في الزنا[٨].

---

(١) «الوجيز» ٢/ ١٨١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٧٩، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٩٤.

(٢) الوليد بن عقبة بن أبي معيط: الأمير أبو وهب الأموي، له صحبة قليلة، وهو أخو أمير المؤمنين عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأمه، مات في أيام معاوية، وكان شجاعا قائمًا بالجهاد. «طبقات خليفة» ص١٢٦، و«التاريخ الكبير» ٨/ ١٤٠ (٢٤٨٣)، و«الاستيعاب في معرفة الأصحاب» ٤/ ١١٤-١١٨ (٢٧٥٠)، و«سير أعلام النبلاء» ٣/ ٤١٢-٤١٦ (٦٧).

(٣) في الأصل: (وأبي).

(٤) رواه مسلم (١٧٠٧).

(٥) «الإجماع» لابن عبد البر ص ٢٩١.

(٦) «فتح القدير» ٥/ ٣١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٣١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٠٣.

(٧) في (ب): (يجب الحد).

(٨) «فتح القدير» ٥/ ٣١١-٣١٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤١، و«اللباب» ٣/ ١٩٤.

فصل في الأشربةِ

قال: (ويحرم الخمرُ -عصيرُ العنبِ- إذا غلىٰ واشتد، وقذفُ الزبدِ شرطٌ، والعصيرُ إذا طبخَ فذهبَ أقلُّ من ثلثيه[1] ونقيعُ الرطبِ والزبيبِ إذا غلىٰ واشتد، ويجيزُ تخليلَ الخمرِ مطلقًا ولا يحلها الطبخُ، وبيع غيرها جائزٌ).

الأشربةُ: جمع شرابٍ، وهو كلُّ مائعٍ رقيقٍ يشربُ ولا يتأتىٰ فيه المضغُ سواء كان حرامًا أو حلالًا، وتستخرجُ الأشربةُ من العنبِ والزبيبِ والتمرِ والحبوبِ، ومنها حرامٌ مغلظُ التحريمِ، ومنها ما هو أخفُّ تحريمًا، ومنها ما هو حلالٌ، فالحرامُ أربعةٌ: الخمرُ، والطلاءُ، والسكرُ، ونقيعُ الزبيبِ، والخمرُ أغلظُها تحريمًا، فالخمرُ هو عصيرُ العنبِ إذا غلىٰ واشتدَّ وقذفَ بالزبدِ، دون أن يطبخَ، والغليانُ والشدةُ شرطٌ بالإجماعِ. واختلف أصحابنا[2] رحمهم الله في قذفِ الزبدِ فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: هو شرطٌ.

وقالا[2]: ليس بشرطٍ؛ لأنه يسمىٰ خمرًا قبل قذفِ الزبدِ، ولحصولِ التغطية[3] على العقلِ بالاشتدادِ.

وله[4]: أن الغليانَ بدايةُ الشدةِ وكمالُها بقذفِ الزبدِ. والأحكامُ القطعية خصوصًا في الحدود تناطُ بالنهايةِ كالحدِّ والحكمِ بكفرِ المستحلِّ؛ ولأنَّ السكورَ من آثارِ العصيرِ، وقذفُ الزبد من آثارِ الخمريةِ، والأصلُ فيما

---

(١) في (أ): (ثلثه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٧-٢٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨١، و«فتح القدير» ٥/ ٣٠٥-٣٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦-٣٣٧.

(٣) في (ج): (التعدية).

(٤) في (ب): (ولنا).

هو ثابتٌ بقاؤه إلَّا بالتيقنِ بزوالِهِ قبيل قذفِ الزبدِ الأصلُ بقاءِ العصيرِ، فإذا قذفَ بالزبدِ تيقنًا وجودَ الخمريةِ بزوال ما هو من آثارِ العصيرِ. وقيل: يؤخذُ (في)[1] تحريم الشربِ بمجردِ الأشتداد أحتياطًا[2]، وفي الحدِّ بالشربِ بقذفِ الزبدِ أحتيالًا للدرء. وعصيرُ العنبِ رفع بأنه عطفُ بيان وإنما لم يقل: وهو عصيرُ العنبِ تحرزًا عن أن يصوغَها جملة أسمية فتدلُّ على الخلافِ ولا خلافَ (فيه)[3] وهي حرامٌ قليلُها وكثيرُها لقوله تعالىٰ: ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ ﴾ [المائدة: ٩٠].

والرجسُ: هو ما حرمَ لعينهِ، ولقوله ﷺ: «**حرمتِ الخمرُ لعينِها**»[4]، وقد تواتر تحريمُها عن النبيِّ ﷺ وعليه إجماعُ)[5] الأمةِ، وهٰذا دليلُ تحريمِها لعينِها من غيرِ أن يكون معللًا بالإسكارِ، وقد دَلَّ النصُّ بقوله ﴿ رِجْسٌ ﴾ علىٰ نجاسةِ العينِ؛ لأنه أخبر به عن العينِ حقيقةً.

وتتعلق بالخمرِ أحكامٌ بسبب غلظِ تحريمها، فمنها أنه يكفَّرُ مستحلُها لثبوتِ حرمِتها بدليلٍ مقطوعٍ به، ومنها أنها (نجسةٌ)[6] نجاسةً مغلظةً كالبولِ؛ لثبوتها بالدليلِ القطعيِّ وهو قوله: ﴿ رِجْسٌ ﴾ ولا يقال: إنَّ الرجسَ مطلقٌ على الأزلامِ كما هو مطلقٌ على الخمرِ وليست الأزلامُ

---

(١) في (ج): (من).

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤٦-٤٤٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦.

(٣) من (ب).

(٤) رواه العقيلي في «الضعفاء» ٤/ ١٢٣-١٢٤ من حديث علي بإسناد ضعيف، وقد رواه النسائي ٨/ ٣٢١ عن ابن عباس موقوفًا. وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٥) «الإجماع» لابن المنذر ص١٤١.

(٦) (أ)، (ب) (نجاسة).

نجسةً فإن المصليَ لو حملَها في صلاتِه لم تبطل (صلاتُه)[١] لأنا[٢] نقول: الرجسُ حقيقةٌ في (النجسِ)[٣] فما كان قابلًا لهٰذا الوصفِ كان إطلاقُه عليه حقيقةً، ومالم يكن قابلًا لهٰذا الوصفِ تعينَ فيه حذفُ المضافِ اللائق به، وليس هٰذا بجمعٍ بين الحقيقةِ والمجازِ في لفظٍ واحدٍ؛ لأن إطلاقَ الرجسِ عليهما بمعنى النجسِ إطلاقٌ واحدٌ بطريقِ الحقيقةِ، وإنما تعين حذفُ المضافِ فيما لا تقبل عينهُ النجاسةَ بدليلٍ من (خارج)[٤] لامن قبل إطلاقِ اللفظِ[٥].

ومنها أن الخمرَ لا قيمةَ لها في حقِّ المسلمِ حتىٰ لا يضمن متلفُها ولا غاصبُها ويحرمُ بيعُها، فإن في تقومِها عزتها، والشرعُ أمر بإهانتِها[٥]، وقال ﷺ: «**إن الذي حرَّم شربَها حرَّمَ بيعَها (وأكل)[٦] ثمنها**»[٧].

واختلفوا في سقوطِ الماليةِ، والأصحُّ أنها مالٌ؛ لأن الطباعَ تميلُ إليها وتضنُ بها، ومن كان له علىٰ مسلمٍ دينٌ فأوفاه دينَه من ثمن خمرٍ لا يحلُّ له أخذُه ولا للمديونِ أنْ يوفِيَه منه؛ لأنه ثمنُ بيعٍ باطلٍ فيكون (غصبًا)[٨] في يدِهِ (أو أمانة)[٩] علىٰ ما وقعَ فيه الخلافُ كما في بيعِ الميتةِ[١٠]، ولو كان

---

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٨-٩، و«الهداية» ٤/ ٤٤٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦-٣٣٧.

(٣) في (ج): (التنجس).

(٤) من (ب)، و(ج).

(٥) «فتح القدير» ٥/ ٣٠٦-٣٠٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٣٨.

(٦) في (ب): (ولا يحل).

(٧) رواه مسلم (١٥٧٩)، وأحمد ١/ ٢٤٤ واللفظ له.

(٨) في (ب): (غاصبًا).

(٩) في الأصل: (أو إما)، والمثبت من (ب)، و(ج).

(١٠) «المبسوط» ٢٤/ ٢٦، و«الهداية» ٤/ ٤٤٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦.

الدينُ علىٰ ذميٍّ جاز للمسلمِ أن يستوفيَه من ثمنِ خمرٍ باعَهُ؛ لأن بيعَها فيما بينهم جائزٌ[١]. ومنها حرمةُ الأنتفاعِ بها؛ لأن الأنتفاعَ بالنجسِ لا يجوزُ، ومنها أن الحدَّ يتعلقُ بنفسِ شربِها سواء سكرَ منها أو لم يسكرْ؛ لقوله ﷺ: «**من شربَ الخمرَ فاجلدوه**»[٢]؛ علَّق الجلدَ بالشربِ، وعليه أنعقدَ الإجماعُ[٣][٤].

ومنها أن الطبخَ لا يحلُّها؛ لأن الطبخَ جعلَ مانعًا من ثبوتِ الحرمةِ؛ لأن أفعالَها بعد تقررِها[٥]، وهٰذِه من الزوائد[٦]؛ لأنه لو شربَ منه مطبوخًا يكون حرامًا ويحدُّ بالسكر لا بمجردِ الشربِ علىٰ ما قالوا.

ومنها أنها إذا تخللتْ حلَّتْ سواء تخللتْ بنفسِها أو بشيءٍ طرحَ فيها، ولا يكره تخليلُها[٧].

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[٨]: يكره تخليلُها. والخلُّ الحاصلُ به إن كان بإلقاءِ شيءٍ فيها لا يحلُّ قولًا واحدًا، وإن كان بغيرِ إلقاءِ شيءٍ فيها /١١٣ب/ كالنقلِ من الظلِّ إلى الشمسِ أو من الشمسِ إلى الظلِّ ففي الحلِّ

---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ٢٦، و«الهداية» ٤/ ٤٤٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «الهداية» ٤/ ٤٤٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٩٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٦.

(٤) «موسوعة الأجماع في الفقه الأسلامىٰ» ١/ ٣٣٦.

(٥) «المبسوط» ٢٤/ ٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧.

(٦) «المبسوط» ٢٤/ ٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧.

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٩، و«المبسوط» ٢٤/ ٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٣، و«الهداية» ٤/ ٤٥١-٤٥٢، و«وسائل الأسلاف» ص٦٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٠.

(٨) «المهذب» ١/ ٢٦٨، و«الوجيز» ١/ ١٣٣، و«روضة الطالبين» ٣/ ١٧، و«الغاية القصوىٰ» ١/ ٤٦٠، و«مغني المحتاج» ٢/ ١١.

الحاصلِ به قولان له أن الأمرَ باجتنابها ينافي جوازَ قرابانِها علىٰ وجهِ (التمولِ)[١] فيحرمُ (اقترابُها)[٢] علىٰ وجهِ التخليلِ؛ لاستلزامه ٱرتكابَ ما ينفيه الأمرُ، والخلُّ الحاصلُ منه حرامٌ؛ لأن الحلالَ لا يناط بالحرامِ. ولنا قوله تعالىٰ ﴿ فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾ وفي تخليلها ٱجتنابُها؛ لأن ٱجتنابَها كما يقعُ بالإراقةِ يقعُ بإصلاحِها علىٰ وجهٍ يستحيل عن صفةِ الخمريةِ مع ما في ذلكَ من تحصيلِ مالٍ منتفعٍ به حلالٍ في ثاني الحالِ، فكان الٱقترابُ للإصلاحِ مباحًا، فإن ذاتَ الٱقترابِ ليس هو المرادُ، فإنه لو تقرَّبَ منها بقصدِ الإراقةِ كان حلالًا بل مندوبًا إليه بل واجبًا واعتبارًا بما إذا تخللتْ بنفسِها، والجامعُ (حصولُ)[٣] (المنافع)[٤] المتعلقةِ بوجودِهما، هٰذا ما يتعلق بالخمرِ.

والثاني: الطلاءُ[٥] (وهو عصيرُ العنبِ إذا طُبِخَ حتىٰ ذهبَ أقلُّ من (ثلثيه)[٦] وقيل: إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء)[٧] وإن ذهبَ نصفُه فالمنصفُ، وإن طُبِخَ أدنىٰ طبخةً فهو الباذقُ[٨]، والكلُّ حرامٌ إذا غلىٰ واشتدَّ وقذفَ بالزبدِ على الٱختلافِ السابقِ في القذفِ بالزبدِ، وجهُ

---

(١) في (ب): (التحول).

(٢) في (الأصل): (اقترانها)، والمثبت من (ب) و(ج).

(٣) من (ب)، و(ج). (٤) في (ب): (المصالح).

(٥) الطلاء: هو ما طبخ من عصير العنب حتىٰ ذهب ثلثاه، وتسميه العجم الميبختج. «مختار الصحاح» ص٣٥٩ مادة طلا.

(٦) في (ج): (ثلثه).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) الباذق: بفتح الذال المعجمة، هو ما طبخ من عصير العنب أدنىٰ طبخ فصادر شديدًا، وهو مسكر.
«مختار الصحاح» ص٣٠، و«المصباح المنير» ص ٣٠ مادة باذق.

الحرمةِ أنه رقيقٌ مطربٌ لذيذٌ يجتمع عليه الفسَّاقُ فيحرم شربُه دفعًا للفسادِ الناشئ من شربِه[(١)].

والثالثُ: السكرُ وهو نقيعُ الرطبِ إذا غلىٰ واشتدَّ وقذفَ بالزبدِ علىٰ الخلافِ السابقِ، وقوله تعالىٰ: ﴿ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ [النحل: ٦٧]، كان في ٱبتداءِ الإسلامِ حتىٰ كانت الأشربةُ مباحةً؛ لأن الصحابةَ ﷺ أجمعوا علىٰ تحريمهِ من بعدُ[(٢)].

والرابعُ: نقيعُ الزبيبِ وهو الذي من ماءِ الزبيبِ إذا غلي واشتدَّ وقذفَ بالزبدِ، لما بينا[(٢)].

وحرمةُ هٰذِه الثلاثةِ دون حرمةِ الخمرِ (حتىٰ لا يكفَّر مستحلُها)[(٣)]؛ لأن حرمةَ الخمرِ قطعيةٌ وهٰذِه حرمتُها بالاجتهادِ، ولا يجبُ الحدُّ بشربِها مالم يسكرْ منها، ونجاستُها خفيفةٌ في روايةٍ وغليظةٌ في أخرىٰ، ويجوزُ بيعُها عند أبي حنيفة رحمه الله[(٤)] ويضمن بالإتلافِ بالقيمةِ.

(وقال أبو يوسف[(٤)] ومحمدٌ[(٤)]: يحرمُ بيعُها ولا يضمن متلفها ٱعتبارًا بالخمرِ)[(٣)]، والجامعُ الٱشتراكُ في الحرمةِ. له أنها مالٌ متقومٌ عملًا بالأصلِ لعدم الدلالةِ القطيعةِ علىٰ سقوطِ التقوُّمِ بخلافِ الخمرِ، إلَّا أن عنده[(٤)] يضمنُ بالقيمةِ لا بالمثلِ؛ لأنه ممنوعٌ عن الٱنتفاعِ بها لمكانِ الحرمةِ، فتعيَّن القيمةُ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٨١، و«المبسوط» ٢٤/ ١٢، و«الهداية» ٤/ ٤٤٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧.

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٦-١٢٧، و«الهداية» ٤/ ٤٤٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «المبسوط» ٢٤/ ١٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧.

قال: (ويحلُّ شربُ ما لا يسكر مما طبخَ من نبيذي التمرِ والزبيبِ أدنىٰ طبخةً وإن ٱشتدَّ، ومن عصيرِ العنبِ إذا ذهبَ ثلثاهُ لغيرِ لهوٍ وما يتخذُ من العسلِ والتينِ والحبوبِ من غير طبخٍ، وحرمَها مطلقًا ويحدُّ للسكرِ منها مطلقًا في الصحيح).

أما الأولُ فنبيذُ التمرِ ونبيذُ الزبيبِ إذا طبخَ كلُّ واحدٍ منهما أدنىٰ طبخةً فهو حلالٌ وإن ٱشتدَّ إذا شربَ منه ما لا يسكر من غيرِ لهوٍ، فإن شربَه للتلهي كان حرامًا[١].

وأما الثاني فهو عصيرُ العنبِ إذا طبخَ حتىٰ ذهبَ ثلثاهُ وبقي الثلثُ وهو حلالٌ إذا شربَ للتقوِّي لا للتلهّي، وهٰذا هو المثلثُ[٢]، وهو حرامٌ عند محمدٍ[٣] والشافعيِّ[٤] ومالكٍ[٥] مطلقًا.

وأما الثالثُ فهو ما يتخذُ من العسلِ والتينِ والحنطةِ والشعيرِ والذرةِ فهو حلالٌ لغير لهوٍ ولا طربٍ وإن سكرَ طبخَ أو لم يطبخْ[٦]، وهل يحدُّ من سكرَ منها؟ قيل: لا يحدُّ، ولا يقعُ طلاقُه بمنزلةِ النائمِ[٧].

---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ٦، و«الهداية» ٤/ ٤٤٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٨.
(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٨.
(٣) «المبسوط» ٢٤/ ٩، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٨.
(٤) «الأم» ٦/ ١٨٠، و«حلية العلماء» ٨/ ٩٤، و«تكملة المجموع» ٢١/ ٤٥١.
(٥) «الكافي» ص١٩٠، و«التلقين» ٢/ ٢٧٧-٢٧٨.
(٦) «المبسوط» ٢٤/ ١٧-١٨، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٩.
(٧) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٣١، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٩.

وعن محمدٍ[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الجميعُ حرامٌ، ويحدُّ شاربُه إذا سكرَ منه، ويقعُ طلاقُه إذا سكرَ منه. كما في سائرِ الأشربةِ (المحرمةِ)[٢] وهٰذا هو الأصحُّ فإن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣] قال فيمن سكرَ من الأشربةِ أنه يحدُّ من غيرِ تفصيلٍ.

قال في «واقعات الحسام» وبه نأخذُ: وهٰذا لأنَّ الفسَّاقَ يجتمعون عليها ٱجتماعهم علىٰ سائرِ الأشربةِ. والتنبيهُ علىٰ أن الحدَّ منها هو الصحيحُ من الزوائدِ وكذا المتخذُ من الألبانِ إذا ٱشتدَّ. وقيل: إن المتخذَ من لبنِ الرماكِ[٤] لا يحلُّ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ[٥] ٱعتبارًا بلحمِها، والأصحُّ الحلُّ؛ لأن حرمةَ اللحمِ معللةٌ بالاحترامِ، أو لما في إباحةِ الذبحِ من قطعِ مادةِ الجهادِ، فلا يتعدىٰ إلىٰ لبنِها. له قوله ﷺ: «**كلُّ مسكرٍ حرامٌ**»[٦]، وقوله ﷺ: «**ما أسكرَ كثيرُه فقليلُه حرامٌ**»[٧]، واعتبارًا بالخمرِ.

---

(١) «مختلف الرواية» ٤/ ١٨٣١، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٩.

(٢) في (ب): (للحرمة).

(٣) «المبسوط» ٢٤/ ٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٨.

(٤) لبن الرماك: هو لبن أنثى البراذين.
«المصباح المنير» ص١٤٥ مادة رمك.

(٥) «المبسوط» ١١/ ٢٣٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٩.

(٦) رواه مسلم (١٧٣٣) (٧٠) من حديث أبي موسى الأشعري.

(٧) رواه النسائي ٨/ ٣٠٠-٣٠١، وابن ماجه (٣٣٩٣) والترمذي (١٨٦٥) من حديث جابر بن عبد الله. وقال: حسن غريب من حديث جابر، وروي عن عائشة، وعبد الله بن عمر، وابن عمر، وسعد بن أبي وقاص، وخوات بن جبير، وحسنه الألباني في «الإرواء» (٢٣٧٥).

ولهما: قولُه ﷺ: «**حرِّمَتْ الخمرُ لعينها والسكرُ من كلِّ شرابٍ**»[١]، خص السكرَ بالتحريمِ من غير الخمرِ، فلا يجوزُ إلحاقُ غيرِ الخمرِ بالخمرِ في تحريمِ العينِ مع التفرقةِ بالنصِّ، وما ذكرهُ من الأحاديثِ طعنَ فيه يحيىٰ ابنُ معين، ذكرهُ عبد الغني المقدسي في كتابهِ، وما روي عن الصحابةِ ﷺ من مخالفتِها دليلٌ علىٰ عدمِ صحتِها.

وعلىٰ تقديرِ الصحةِ تحمل على الشربِ بقصدِ التلهي والسكرِ، أو نقول بالموجبِ من جهةِ أن المسكرَ من كلِّ شرابٍ هو القدحُ الأخيرُ؛ ولأن حرمةَ (الخمر)[٢] يدعىٰ قليلُها إلىٰ كثيرِها لرقتِها ولطافتِها (وأعطي القليلُ حكمَ الكثير دفعًا للفسادِ الناشئ عن دعاءِ الطبعِ إلىٰ زيادةِ شربِها، وليس كذلك المثلثُ)[٣] فإنه غليظٌ تغلبُ عليه العدائية، وقد روى الطحاويُّ بإسناده إلى ابن عمر رحمهما الله أن النبيَّ ﷺ أُتي بنبيذٍ فشمَّهُ فقطبَ وجهَهُ لشدتِه، ثم دعا بماءٍ فصبَّه عليه وشربَ منه وقال: «**إذا ٱغتلمت عليكم هٰذِه الأشربةُ** /١١٤أ/ **فاقطعوا متونَها بالماء**»[٤]، وفي روايةٍ أنه لمَّا قطبَ قال رجلٌ: أحرامٌ هو يا رسول الله؟ قال: «**لا**» وأنه نصٌّ في البابِ[٥].

وعن ابن أبي ليلىٰ[٦] ﷺ أنه قال: أشهدُ على البدريينَ من أصحابِ رسول الله ﷺ أنهم كانوا يشربونَ النبيذَ في الجرارِ الخضرِ، ونُقلَ ذلك عن

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) من (ب، ج).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «شرح معاني الآثار» ٤/ ٢١٩.

(٥) رواه النسائي ٨/ ٣٢٣.

(٦) تقدمت ترجمته.

أكثرِ الصحابةِ قولًا وفعلًا حتىٰ قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: إنه مما يجبُ ٱعتقادُ حلِّه؛ لئلا يؤدي إلىٰ تفسيقِ الصحابةِ رضي الله عنهم.

وأقولُ: إن الصحيحَ ما ذهبَ إليه محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢] من تحريم الشربِ من هٰذِه الأنبذةِ وإيجابِ الحدِّ على السكرِ منها؛ لأنَّ الأصلَ في المشروعاتِ أن تردَ علىٰ وفاقِ المعقولِ[٣] لأن ذلكَ أقربُ إلىٰ الانقيادِ[٤] ومن المعلومِ الذي يتنزل منزلةَ الأولياتِ من الشريعةِ أن السكرَ مرادٌ لعدمِ الإفضاءِ به إلى المفاسدِ العظيمةِ، وكيفما كانَ السبيلُ إلىٰ حصول السكرِ فإنه في نفسِهِ لا يختلفُ حالُهُ في الإفضاءِ إلى المفسدةِ، فالملحوظُ[٥] بالنظرِ الأولِ إنما هو إعلامُ الرذيلةِ[٦] المستلزمةِ للفسادِ غالبًا ثم يتعدىٰ بالنظرِ إلىٰ أسبابِها الموجبةِ لها بالنظرِ الثاني، ولا أنكرُ أنَّ بعضَ تلك الأسبابِ أشدُّ إفضاءً من البعضِ ولكن بعدَ الإفضاءِ لا يتفاوتُ الحالُ بالنسبةِ إلىٰ ذاتِ السكرِ، فكان الشربُ المفضي إلى السكرِ المستلزمِ للمفاسدِ[٧] حرامًا، قطعًا لمادةِ الفسادِ، وإذا حصلَ وجبَ الحدُّ إعدامًا للفسادِ الحاصلِ أو تقليلًا له بواسطةِ الزجرِ الذي شُرعَ له الحدُّ، والتعليقُ بالشربِ لقصدِ التقوي دونَ التلهي غيرُ مفيدٍ فإنَّ كلَّ شاربٍ يمكنه أن يدعيَ قصدَ التقوي فيستحيلُ التبريرُ بذلك، فإذا أفضىٰ إلى السكرِ قال: لا يجبُ عليه الحدُّ؛ لأني شربتُ مباحًا وسكرتُ منه. وهٰذِه منشأُ المفسدةِ المعلومُ من الشرع إعدامها فلا نفتح بابَهَا، وعلى الخصوصِ في حقِّ الطباعِ

---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠-٤٥١.

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٦، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠.

(٣) في (ب): (المنقول).

(٤) في (ب): (الاعتقاد).

(٥) في (ب): (فالملحق).

(٦) في (ج): (الردية).

(٧) في (ج): (للفساد).

المجبولَةِ على اتباع الهوىٰ واستحلالِ المحرماتِ بالشبه[١]، ثم في هٰذا المقامِ قد اجتمعَ فيه المحرَّمُ والمبيحُ فيرجحُ جانبُ المحرَّمِ احتياطًا في بابِ الحرماتِ[٢].

قال: (ولا بأسَ بالخليطينِ وبالانتباذِ في الدُّبَّاءِ والحنتمِ والمزفَّتِ والنقيرِ).

أمَّا الأولُ فلما روي عن ابن زيادٍ[٣] قال: سقاني ابن عمرَ شربةً ما كدتُ أهتدي إلىٰ أهلي فغدوتُ فأخبرتُه فقال: ما زدناكَ علىٰ عجوةٍ وزبيبٍ وهٰذا من الخليطين، وكان مطبوخًا؛ لأنَّ المرويَّ عن ابن عمرَ رضي الله عنهما تحريمُ نقيعِ الزبيبِ وهي النِّيءُ منه، وما روي من النهيِّ عن الجمعِ بينهما فمحمولٌ علىٰ حالةِ الشدَّةِ[٤]، وأمَّا الثاني فلقوله ﷺ: «**كنتُ قد نهيتُكم عن الانتباذِ في الدُّبَّاء[٥] والحنتمِ[٦] والمزفَّتِ[٧]**

---

(١) في (ب) و(ج): (بالشبهة).

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٦، و«الهداية» ٤/ ٤٥٠.

(٣) قال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٢٤٩: أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن سليمان الشيباني عن ابن زياد بهٰذا وابن زياد لا أعرفه ولم أر من سماه.

(٤) «المبسوط» ٢٤/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٤٤٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٧، و«اللباب» ٣/ ٢١٤.

(٥) الدباء: القرع كانوا ينتبذون فيها فتسرع الشدة فى الشراب.
«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ٩٦.

(٦) الحنتم: جرار مدهونة خضر كانت تُحمل الخمر فيها إلى المدينة. ثم اتسع فيها فقيل للخزف كله حنتم، واحدتها حنتمة، وإنما نهىٰ عن الانتباذ فيها لأنها تسرع الشدة فيها لأجل وهنها. وقيل لأنها كانت تعمل من طين يعجن بالدم والشعر فنهىٰ عنها ليمتنع من عملها. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٤٤٨.

(٧) المزفت: هو الإناء الذىٰ طلي بالزفت وهو نوع من القار ثم انتبذ فيه.
«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ٣٠٤.

والنقير[١] فانتبذُوَا فيها، اشربوا في كلِّ ظرفٍ، فإن الظرفَ لا يحلُّ شيئًا ولا يحرِّمُه، ولا تشربوا المسكرَ[٢]»[٣].

(١) النقير: أصل النخلة ينقر وسطه ثم ينبذ فيه التمر ويلقىٰ عليه الماء ليصير نبيذًا مسكرًا. والنهىٰ واقع علىٰ ما يعمل فيه، لا على اتخاذ النقير.
«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٥/ ١٠٤.

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ١٠، و«الهداية» ٤/ ٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٩، و«اللباب» ٣/ ٢١٦.

(٣) رواه مسلم ١٩٩٩/ ٦٤ من حديث أبي بريدة.

فصل في حد القذف

قال: (ويحدُّ الحرُّ قاذف المسلمِ الحرِّ البالغِ العاقلِ العفيفِ بصريح الزنا ثمانين سوطًا إذا طلبه والعبدُ أربعين، وينزعُ عنه الفروُ والحشوُ ويفرَّق عليه).

القذفُ في اللغةِ: الرميُ مطلقًا[١]، وفي الشرع: الرميُ بالزنا وفيه الحدُّ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤] والمرادُ به: الرميُ بالزنا إجماعًا مع الإشارةِ إليه بقوله ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ فإن ٱشتراطَ أربعةٍ من الشهودِ من خصائص حدِّ الزنا، ويتنصَّف الحدُّ في العبدِ لما مرَّ أنَّ الرِّقَّ منصف.

وشرطُ الإحصانِ منصوصٌ عليه أما شرطُ الحريَّةِ والإسلامِ فلما مرَّ في الزنا، (وأمَّا العقلُ والبلوغُ فلعدمِ لحوقِ العارِ للصبيِّ والمجنونِ؛ لعدم تحققِ الزنا منهما)[٢]، وأما العفةُ فلأنَّ غيرَ العفيفِ عن فعلِ الزنا لا يلحقُهُ العارُ إذا نُسبَ إليه؛ ولأن الحدَّ شرعَ جزاءً عن كذبه في نسبة الزنا إليه، فإذا لم يكنْ عفيفًا عنه[٣] كان صادقًا في النسبة إليه فلا يؤاخذُ به، وإنما شَرَطَ مطالبةَ المقذوفِ (بالحد)[٤]؛ لأنَّه يشتملُ علىٰ حقِّه وهو دفعُ العارِ عنه، وإنما يحدُّ بطلبه بعد عجزِهِ عن الإتيانِ بأربعةِ شهودٍ

---

(١) يقال: قذف بالحجارة أي رمىٰ بها؛ والمحصنة أي: رماها بالفاحشة.
«مختار الصحاح» ص٤٧٠ مادة قذف، و«المصباح المنير» ص٢٩٤ مادة قذف، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٢١ مادة قذف.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (أ): (له).

(٤) من (ب).

يشهدون بصدقه، وإنما طرَحَ ذكرَ هٰذا الشرطِ لأنه عُلِمَ من بابِ الزنا وصريحُ القذف بالزنا أن يقول: يا زاني، أو زنيتَ، أو يا ابن الزانيةِ. وكذلك لو قال: يا ابن الزنا؛ لأن معناه أنت متولدٌ من الزنا واللغاتُ في القذفِ سواءٌ فبأي لغةٍ قذفَهُ فالحكمُ ثابتٌ ويفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائِهِ لما مرَّ في الزنا، وينزعُ عنه الفرو والحشو؛ لأن إبقاءَهما مانعٌ من وصولِ الألمِ إليه فلا تحصلُ مصلحةُ الزجرِ، وإنما لم يجرَّدْ عن ثيابه؛ لأنَّ سببَ هٰذا الحدِّ غيرُ مقطوعٍ به لجواز صدقِهِ في القذفِ، فلا يقام الحدُّ علىٰ وجهِ الشدةِ بخلافِ حدِّ الزنا[1].

قال: (ولو رجعَ عن إقرارِهِ /١١٤ب/ لم يقبل).

إذا أقر بالقذفِ ثم رجع لم يقبلْ (رجوعه)[2] أما ثبوتُه بالإقرارِ فتكفي فيه المرة اعتبارًا بسائرِ الحقوقِ ويثبتُ أيضًا بشهادةِ رجلين، وقد مرَّ أنَّ شهادةَ النساءِ مع الرجالِ لا تقبلُ في الحدودِ، فإذا أقرَّ مرة فثبتَ الحقُّ لم يقبل رجوعُهُ؛ لما في ذلك من إبطالِ حقِّ مَنْ تعلقَ حقُّه بإقرارِهِ وهو المقذوفُ فيكذِّبه في الرجوعِ، بخلافِ ما هو خالصُ حقِّ اللهِ تعالىٰ؛ لعدمِ من يكذِّبَهُ فيه[3].

(١) «الكتاب» ٣/ ١٩٥، و«الهداية» ٢/ ٤٠٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٩٩-٢٠٠.

(٢) في (أ): (اقراره).

(٣) «الكتاب» ٣/ ١٩٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٣.

قال: (ويطالبُ للميتِ من يقع القدح[1] في نسبِهِ بقذفِهِ).

رجلٌ قال لآخرَ: يا ابن الزانيةِ وأمُّه ميتةٌ محصنة وطالبَ[2] ابنهَا بحدِّ القذفِ حُدَّ القاذفُ؛ لأنه قد قذفَ محصنةً بعد موتِهَا، ولا يطالبُ بهذا الحدِّ للميتِ إلَّا مَنْ يقعُ القدحُ في نسبِهِ بالقذفِ وهو الولدُ والوالدُ؛ لأنَّ الجزئيةَ هي الموجبةُ للحوقِ العار بهِ فيتناولُه القذفُ معنىً. وعند الشافعيِّ رضي الله عنه[3] يثبتُ حقُّ المطالبةِ لكلِّ وارثٍ؛ لأنَّ حدَّ القذفِ يورثُ عنده[4] وعندنا[5] ولايةَ المطالبةِ، ليس بطريقِ الإرثِ بل للحوقِ العارِ بسبب الجزئيةِ، ألا ترىٰ أنَّه يثبتُ حيثُ لا إرثَ بسببِ القتلِ، ويثبتُ لولدِ البنتِ كما يثبتُ لولدِ الأبنِ (ولوالدٍ)[6] حالَ قيامِ أبيه كما يأتي الخلافُ فيه[5].

قال: (ويغلبُ حقُّ الشرع فلا نورثه ولا نجيزُ العفوَ عنه ولا الأعتياضَ عنه ولا عدم التداخل).

إذا قذفَ غيرَهُ فمات المقذوفُ بطلَ الحدُّ عندنا[7]، وكذلك لو ماتَ وقد أقيمَ بعضُ الحدِّ بطلَ الباقي.

---

(١) في (ب): (القذف). (٢) في (أ): (طلب).

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/ ٤١، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٥٢.

(٤) «الكتاب» ٣/ ١٩٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٣.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣١٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦٦، و«اللباب» ٣/ ١٩٦، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٠٦.

(٦) في (ب): (ولولد الولد).

(٧) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣١٧-٣١٨، و«المبسوط» ٩/ ١٠٩، ١١٣، ١١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٥، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٩، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٢-٥٣.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[(١)]: لا يبطلُ. الأصلُ في هٰذا أنَّ حد القذفِ حقُّ العبدِ وحقُّ الشرعِ، أما حقُّ العبدِ فلما فيه من دفعِ العارِ عنه ورجوع منفعتِهِ إليه، وأماَ حقُّ الشرع فلما فيه من الزجرِ الذي قصدَ به إخلاءُ العالمِ عن الفسادِ أو تقليله فنفعُه راجعٌ إلى العامةِ، وهٰذِه أمارةُ حقِّ الشرعِ، ولهٰذا سمِّي حدًّا، فإن ما يكون خالص حقِّ العبدِ، وهو في الأصلِ جائزٌ فما وجبَ من العقوباتِ حقًّا له فهو واجبٌ باسم القصاصِ المنبئ عن المساواةِ ليكون إشارةً إلى الجبر، وما وجبَ فيها باسمِ الحدِّ فهو حقُّ اللهِ تعالىٰ فيكون في الاسمِ دلالةً على الزجرِ، ويدلُّكَ علىٰ ذلك اعتبارُ المماثلةِ في حقِّ العبدِ، قال تعالىٰ: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤] وههنا لا مماثلة بين نسبةِ الزنا وبين ثمانينَ سوطًا لا صورةً ولا معنىٰ، وعند تعارضِ هذين الجهتينِ في حدِّ القذفِ، فالشافعي رَحِمَهُ اللهُ[(٢)]: غلَّبَ حقَّ العبدِ باعتبارِ حاجتهِ إليه وغناءِ صاحبِ الشرع عن حقِّه، ونحن غلَّبنَا حقَّ الشرع؛ لأنَّ حقَّ العبدِ يصير مرعيًّا (باعتبارِ أنَّ الله تعالىٰ يتولاه، ولو اعتبرنَا جهةَ العبدِ لا يصيرُ حقُّ الشرعِ مرعيًّا)[(٣)]؛ لأنَّه لا يجوزُ استيفاءُ[(٤)] حقِّ الشرع إلَّا لمن هو نائبُ الشرع ولا نيابةَ هٰهنا، ثم نبني الفروعَ عليه.

أما الإرثُ عنده؛ فلأنَّه يجزئ في حقوقِ العبادِ لا في حقوقِ اللهِ[(٥)]،

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/ ٤١، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٥٢.

(٢) «المهذب» ٢/ ٢٧٥، و«التنبيه» ص٢٤٤، و«حلية العلماء» ٨/ ٤٠، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٥٢.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ج): (استغناء).

(٥) في (ب): (الشرع).

فإذا قذفَ غيرَهُ فماتَ المقذوفُ لم يبطلِ الحدُّ عندهُ[(١)]، وكذلك لو بقي منه شيء.

وعندنا[(٢)]: يبطلُ وهٰذا الأصلُ من الزوائدِ. ويجوزُ أنْ يعفو عنه عنده لأنَّه حقُّه، ويجوزُ أن يعتاضَ منه لذلك.

وعندنا[(٣)]: لا يجوزُ لأنَّه حقُّ الشرعِ، ولا يجزئ العفوُ ولا الٱعتياضُ فيه.

ومسألةُ الٱعتياضِ من الزوائد ولو عفا لم يكن للإمامِ أن يقيمَ الحدَّ لا باعتبارِ صحةِ العفو بل باعتبارِ أن الٱستيفاءَ منوطٌ بطلبِهِ، وقد تركهُ، ألا ترىٰ أنه إذا عادَ فطلبَ يقامُ الحدُّ لأن ٱعتبارَ صحةِ العفوِ كان لغوًا[(٤)] فكأنه لم يخاصمْ إلى الآن.

وأما التداخلُ فإذا قذفَ واحدٌ جماعةً بكلمةٍ واحدةٍ حُدّ لكلٍّ منهم عنده[(٥)].

وعندنا[(٦)]: يحدُّ حدًّا واحدًا تغليبًا لحقِّهم فقد ٱنعقدَ سببُ الوجوبِ

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣١٧-٣١٨، و«المبسوط» ٩/ ١٠٩، ١١٣، ١١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٥، و«وسائل الأسلاف» ص٢٩٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٩، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٢-٥٣.

(٢) «المهذب» ٢/ ٢٧٥، و«التنبيه» ص٢٤٤ «حلية العلماء» ٨/ ٤٠، ، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٥٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٥، و«المبسوط» ٩/ ١٠٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٢.

(٤) في (ب): (عفوًا).

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٧٦، و«حلية العلماء» ٨/ ٤٣، و«شرح مختصر التبريزي» ص٣٥٢، و«تكملة المجموع» ٢١/ ٣٦٠.

(٦) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦٦، و«المبسوط»

لكلٍّ منهم (فيحدُّ لكلٍّ منهم)[١] ترتيبًا للحكمِ على السببِ، كما لو زنىٰ وسرقَ وشربَ.

ولنا: أن شرعيةَ الحدِّ لمعنى الزجرِ، والزائدُ على الحدِّ الواحدِ عارٍ عن فائدةِ الزجرِ؛ لحصوله بالأَوْلىٰ فقامت الشبهةُ في عدمِ وجوبِ الزائدِ وسقوطِهِ، بخلاف ما لو زنىٰ وسرقَ وشربَ؛ لأنَّ المرادَ بحدِّ كلٍّ منها غيرُ المرادِ بالآخر.

فحدُّ السرقةِ لصيانةِ الأموالِ وحدُّ الزنا لصيانةِ الأنسابِ، وحدُّ الشربِ لصيانةِ العقولِ، وعلىٰ هٰذا لو قذفَ واحدًا مرارًا والمقذوفُ به متعددٌ كما إذا قال: زنيتَ بفلانةٍ وفلانةٍ. أو شربَ مرارًا أو سرقَ[٢].

قال: (وأجزنا طلبَ الأبنِ الكافر والعبدِ بقذفِ الأب).

إذا كان المقذوفُ محصنًا جازَ لابنهِ الكافرِ والعبدِ أن يطالبَ بالحدِّ خلافًا لزفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]، وإثباتُ خلافه من الزوائد. له أن القذفَ يتناولُ الولدَ العبدَ والكافرَ معنىٰ باعتبارِ رجوعِ العار إليه، وليس طريقَ الثبوتِ الإرثُ[٤] عندنا[٥] فينزلُ منزلةَ ما لو قذَفَ الولدَ نفسَهُ.

٩/ ١١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢.

(١) ساقة من (ب).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦٦، و«المبسوط» ٩/ ١١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢.

(٤) في (ج): الإرش.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢.

ولنا أنَّ هٰذا تعييرٌ له بقذفِ محصنٍ فيطالب بحدِّهِ؛ لأن الإحصان فيمن يقذفُ شرطُ وقوعِ القذفِ تعييرًا على الكمالِ، وقد وجدَ في حدِّ المقذوفِ ثم تعدىٰ بكمالِهِ إلى الولدَ، والكفرُ والرقُّ لا ينافي أهلية الاستحقاقِ، بخلاف ما إذا قذفَهُ جدُّهُ أو نفسُه لأنَّه لم يوجد التعيير /١١٥أ/ على الكمالِ لفقدِ الإحصانِ في المقذوفِ[1].

قال: (وولدُ الولدِ بقذفُ الجدِّ مع وجودِ أبيه).

هٰذِه معطوفةٌ علىٰ سابقتِها، والخلافُ فيها مع زفر ﷺ[2] إذا قذفَ رجلٌ محصنًا فساهلَ ابنه في طلبِ الحدِّ وله ولدٌ فلابنِ الابن أن يطالبَ بالحدِّ.

وقال زفر ﷺ[2]: ليس له ذلك؛ لأنَّ لحوقَ العارِ بولدِ الصلبِ فوقَ لحوقِهِ إياهُ فينزلُ ولدُ الولدِ مع بقاءِ أبيه منزلةَ ولدِ الصلبِ مع بقاءِ المقذوفِ لطلبِ الكفاءةِ، فإنه لا خصومة (فيه)[3] للأبعدِ مع الأقربِ.

ولنا[4]: أن حقَّ الخصومة (ثابتٌ لولدِ الولدِ؛ لأنَّ العارَ لاحقٌ به بهٰذِه النسبةِ حسبَ لحوقِهِ أباهُ فتثبت لكلٍّ منهما الخصومةُ)[5] في ذلك بخلاف المقذوفِ نفسِه؛ لأنَّ ثبوتَهُ في حقِّه باعتبار نيلِ القاذفِ من عرضهِ وذلك

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢، و«درر الحكام» ٢/ ٧٢.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «المبسوط» ٩/ ١١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢.

(٥) ساقطة من (ج).

مختصٌّ به، وبخلاف طلبِ الكفاءةِ؛ لأنَّ ذلك حقُّ الأولياءِ، ولا ولايةَ للأبعدِ مع وجودِ الأقربِ، أما ولدُ الولدِ فنسبُهُ ثابتٌ من جدِّهِ مع أبيهِ وهو سببٌ للحوقِ العارِ فلم يتوقفْ علىٰ عدمِهِ[1].

قال: (ومنعَ ابن البنتِ).

إذا قذفَ رجلٌ رجلًا محصنًا فلابن بنتِهِ أن يطالبَ بحدِّ القذفِ عند أبي حنيفة[1] وأبي يوسفَ[1].

وقال محمدٌ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس له ذلك؛ لعدمِ لحوقِ العارِ به بنسبةِ الزنا إلىٰ أبي أمِّهِ؛ لأنَّه لا ينسبُ إليه، ألا ترىٰ أنَّه لا يدخلُ ابن البنتِ في الوقفِ علىٰ أولادِهِ وأولادِ أولادِهِ في ظاهرِ الروايةِ وعليه الفتوىٰ، ذكرَهُ في «الواقعات» وصار كالأخ.

ولهما: أنه قذفَ محصنًا تقرَّرَ إحصانُه بموتِه، فيثبتَ حقُّ الطلبِ لكلِّ من ينتمي إلى الميتِ أو (ينتمي)[2] الميتُ إليه؛ للحوقِ الشينِ والعارِ بسببِ ذلك، والعارُ لاحقٌ به فإنه لا يبقىٰ كريمَ الطرفينِ؛ ولهٰذا له المطالبةُ بقذفِ أمِّه باعتبارِ ٱنتمائِه إليها، فكذا يثبتُ بقذفِ أبي أمِّه بخلافِ الأخ؛ لعدمِ لحوقِ العارِ للأخِ بسبب زنا أخيهِ؛ لعدمِ الٱنتماءِ إليه، أما الٱبنُ فمنتمٍ إلىٰ أمِّهِ، وأمُّهُ إلىٰ أبيها، والمنتمي إلى المنتمي منتمٍ، ضرورةَ أنَّ جزءَ الجزءِ جزءٌ.

وأما عدمُ دخولهِ في الوقفِ فممنوعٌ علىٰ روايةِ الخصَّاف، وهي مذكورةٌ في «المحيط»[3] ولئن سلَّمنا فالوقفُ في معنى الوصيةِ التي هي

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المحيط البرهاني» ٥/ ٢٠٥.

أختُ الميراثِ. والولدُ فيه إنما ينسبُ إلى الأبِ وأبيهِ دون الأمِّ وأبيها، ألا ترىٰ أنَّه لا يحجبُ الزوجَ عن النصفِ ولا الزوجة عن الربع ويحجبُهما ولدُ الآبنِ، فكذلك حكمُهُ في الوقفِ الذي هو في معنى الوصيةِ، فلا يلزم من ظاهرِ المذهبِ أنْ لا يدخلَ ولدُ البنتِ في الوصيةِ لولدِ الولدِ باعتبارِ الشبهِ بالإرثِ عدمُ ٱستحقاقِ طلبِ الخصومةِ في حدِّ القذفِ؛ لما يلحقُهُ من العارِ لخروجِه عن كونه كريمَ الطرفين[1].

قال: (ولا يطالب العبدُ مولاه ولا الآبنُ أباه بقذفِ أمِّهِ الحرَّةِ).

لأن الأبَ لا يعاقبُ بسببِ ابنهِ ولا المولىٰ بسببِ عبدِهِ، ولهٰذا لا يقتلانِ بهما[2].

قال: (ومن وطئ وطئًا حرامًا لعينه سقطَ إحصانُه، وناكحُ بنتِ ملموستِه بشهوةٍ محصنٌ).

الوطءُ الحرامُ منه ما يكون حرامًا لعينِهِ[3] ومنه ما يكون حرامًا لغيرهِ، فالوطءُ الحرامُ لعينهِ مسقطٌ للإحصانِ؛ لأنه زنا فلم يحد قاذفه لكونه صادقًا. والحرامُ لغيرهِ لا يسقط الإحصانَ ويحدُّ قاذفُهُ لأنَّه ليس بزنا، فالوطءُ في غيرِ الملكِ من جميعِ الوجوهِ أو من وجهٍ حرامٌ لعينه، وكذلك لو وطئ في ملكِهِ،

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٧، و«المبسوط» ٩/ ١٢٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٢، و«اللباب» ٣/ ١٩٧.

(٣) في (ج): (لغيره).

وحرمةُ الموطوءةِ مؤبدةٌ، وأما إذا كانت الحرمةُ مؤقتةً فإن حرمة الوطء لغيرِهِ، وأبو حنيفة رحمه الله[1] يشترطُ للحرمةِ المؤبدةِ الإجماعَ، والمشهورُ من الحديثِ بيانُ هٰذا الأصلِ في الفروعِ إذا وطئ في نكاحٍ فاسدٍ، أو وطئ أمةً مستحقةً، أو أكرِه على الزنا، أو كان مجنونًا، أو كانت محرمةً بالمصاهرةِ بالوطء، أو وطئ الأبُ جاريةَ ولدِهِ، ففي هٰذه المسائلِ يسقطُ إحصانُه؛ لأنَّ هٰذا الوطءَ حرامٌ لعينِهِ وإن لم يأثم إما لكونِهِ جاهلًا أو مكرهًا بخلافِ ثبوتِ المصاهرةِ بالمسِّ عن شهوةٍ أو بالتقبيلِ؛ لأنَّ كثيرًا من الفقهاءِ لا يرون ذلك محرِّمًا، ولا نصَّ في إثباتِ الحرمةِ، بل الحرمةُ ثابتةٌ بطريقِ الاحتياطِ في إقامةِ السببِ مقامَ المسببِ فلا يسقطُ الإحصانُ المتيقنُ به بالشكِّ.

وقد قال أبو يوسفَ[1] ومحمد[1] رحمهما الله: إن الإحصانَ يسقطُ باعتبارِ أنَّه وطءٌ حرامٌ عندنا، والفرق بيَّنَّاه، بخلافِ ثبوتِ حرمةِ المصاهرةِ بالوطء؛ لوجودِ النصِّ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، والنكاحُ في الوطء حقيقةٌ فيسقطُ اعتبارُ الاختلافِ مع النصِّ، وأما الحرمةُ المؤبدةُ في الملكِ فكالأختِ من الرضاعِ والجاريةِ المشتركةِ، فإنما يسقطُ الإحصانُ لأنَّه ينافي ملكَ (المتعةِ)[2] وكان الوطءُ واقعًا في غير الملكِ فأشبه الزنا، والحرمةُ المؤقتة كالمجوسيةِ، والحائضِ، والتي ظاهر منها، والتي حرمتْ باليمينِ، والأمةِ المنكوحةِ، والمعتدةِ من غيرِهِ، ووطءِ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١١٦-١١٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٣١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٥-٢٠٦.

(٢) في (ج): (المنفعة).

الأختين /١١٥ب/ بملك اليمينِ، والأمةِ المكاتبةِ، والمشتراةِ شراءً فاسدًا، ففي هٰذِه المسائلِ لا يسقطُ الإحصانُ؛ لعدمِ كون الوطءِ زنا عند قيامِ المحلِّ، وهٰذِه الحرمةُ علىٰ شرفِ الزوالِ[1].

قال: (وإذا لاعنتْ بولدٍ سقط إحصانُها).

احترزَ بقولِهِ: (لاعنتْ بولدٍ) عن الملاعنةِ بغير ولدٍ فإنه لا يسقطُ إحصانُها ويحدُّ قاذفُها لعدمِ أمارة[2] الزنا منها، وأما الملاعنةُ بولدٍ سواءٌ كان الولدُ حيًّا أو قذفَها بعد موتِ الولدِ لم يحد، وسقطَ إحصانُها؛ (لقيام أمارةِ الزنا منه وهي ولادةُ الولدِ الذي لا أبَ له، ففاتتِ العفةُ التي هي شرطٌ في الإحصانِ)[3][4].

قال: (ولو نسبَهُ إلىٰ جدِّهِ أو نفاهُ عنه أو إلىٰ عمِّهِ أو خالِهِ أو زوجِ أمِّهِ أو قال: يا ابن ماءِ السماءِ أو لعربي: يا نبطي لم يحد).

أما النسبةُ إلى الجدِّ فإنها صادقةٌ مجازًا، وأما النفيُ عنه فصدقٌ أيضًا؛ لأنَّه ابن ابنهِ لا ابن جدِّهِ بغيرِ واسطةٍ، وهٰذا أمارةُ المجازِ؛ لأنَّ ما صحَّ إثباتُهُ من وجهٍ صحَّ نفيُهُ من وجهٍ، فكان كلٌّ منهما مجازًا، وما ثبتَ لشيءٍ من جميع الوجوهِ كان حقيقةً فيه فلم يصح نفيُهُ، وأما النسبةُ إلى

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١١٦-١١٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٣١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٥-٢٠٦.

(٢) في (ج): (إجازة).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٢٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٨، و«الهداية» ٢/ ٤٠٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٣١.

العمِّ والخال (فصادقةٌ)[١] أيضًا؛ لصدقِ الأبِ علىٰ كلٍّ منهما، قال تعالىٰ: ﴿وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيلُ كان عمًّا له، وقد قال ﷺ: «**الخالُ أبٌ**» وأما زوجُ الأمِّ فالإطلاقُ عرفي باعتبارِ التربيةِ، وأمَّا قولُه: (يا ابن ماء السماء) فليس بقذفٍ؛ لأنه مبالغة في التشبيهِ بماءِ السماءِ وهو الوصفُ بالجودِ والسناءِ، واللطفِ والصفاءِ، وأما قولُه للعربي (يا نبطي)[٢] فليس بقذفٍ؛ لأنه يرادُ به تشبيهُهُ به في الأخلاقِ أو في عدمِ الفصاحةِ[٣].

قال: (وحدَّهُ بقولِهِ لرجل: يا زانيةُ).

إذا قالَ لمحصنٍ: يا زانيةُ لا يلزمه الحدُّ عند أبي حنيفةَ[٤] وأبي يوسف[٥] رحمهما الله ٱستحسانًا.

وقال محمد[٥] رحمه الله وهو القياسُ: يحدُّ لأنَّه قذفٌ علىٰ وجهِ المبالغةِ، فإنَّ التاءَ لاحقةٌ للمبالغةِ كالعلَّامَةِ والنسَّابةِ، ولا يُقال: إن حقيقة هٰذا الكلام وهي: يا أنثىٰ[٦] الزانية كذب، إذ المخاطبُ رجلٌ فلا يلحقُه العارُ به؛ لأنا نقولُ: لا يسقطُ بذلك معنى القذفِ؛ لأنَّ نسبةَ الزنا قذفٌ بالزنا، ونسبة

---

(١) في (ب): (فصالحة).

(٢) نبطي: النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط - يقال رجل نبطي ونباطي ونباط. «الصحاح» ص١٠٦ مادة نبط.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٣-٣٢٤، ٣٢٦، و«المبسوط» ٩/ ١٢٢-١٢٣، و«فتح القدير» ٥/ ٣٢٨-٣٢٩، و«اللباب» ٣/ ١٩٧.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١١٤-١١٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٤-٥٥.

(٦) في (ب): (ابن).

الأنوثةِ قذفٌ بغير الزنا عُرفًا؛ لأنَّ التأذي بنسبةِ الأنوثةِ لا يقصرُ عن باقي ما يُشتم (به)[١] فصار كما لو قال لامرأةٍ: يا زاني (مع أنَّ حقيقةَ كلامِهِ)[٢] وهو ما ذكر الزاني كذبٌ إذ المخاطبُ ٱمرأةٌ وبل أولىٰ لأنَّ نسبةَ الذكورةِ لا تُعَدُ في حقِّها شتمًا عرفًا.

ولهما: أنَّ معنىٰ هٰذا الكلامِ حقيقةً غيرُ متصورٍ[٣]، وفي كون التاءِ للمبالغةِ شكٌّ فلا يجبُ الحدُّ مع الشكِّ؛ وهٰذا لأنَّ التاءَ تكونُ للمبالغةِ في وصفِ الشيء نفسِهِ، وقد تكون للمبالغةُ في وصفِ العلِم به كالنسَّابةِ، فإنَّ المرادَ أعلمُ الناسِ بالأنسابِ أو أكثرهم بها (علمًا)[٤] فيحتملُ أن يريد يا أعلمَ الناسِ بالزنا أو أكثرهم به علمًا، فإنْ أرادَ هٰذا المعنىٰ لا يجبُ الحدُّ أو أراد حقيقةَ (الكلام)[٥] لا يجبُ فلا يجبُ بالشكِّ بخلافِ قولِهِ للمرأةِ: يا زاني؛ لأنَّ الترخيمَ سائغٌ في النداءِ، والخطابُ دليلٌ علىٰ إرادة[٦] التاء والحقيقةُ متصورةٌ فافترقا[٧].

قال: (وعكس في زنأت في الجبلِ يريدُ الصعودَ).

إذا قال لآخر: زنأت في الحبل بالهمزِ، وقال أردتُ به الصعودَ على الجبلِ لا يصدَّقُ عند أبي حنيفة[٨] وأبي يوسف[٨] رحمهما الله ويحدُّ.

---

(١) من (ب، ج).

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) في (ج): (مقصود).

(٤) من (ب).

(٥) غير واضح بالأصل، والمثبت من (ب، ج).

(٦) في (ج): (زيادة).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١٤-١٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٥٤-٥٥.

(٨) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦-٤٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٠٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٠.

وقال محمد[(١)]: يصدَّقُ ولا يحدُّ؛ لأنه أرادَ محتمل لفظهِ فإن الزنأ في الجبلِ هو الصعودُ حقيقةً، واستعمالُ كلمةِ (في) مكان (علىٰ) سائغٌ لقوله تعالىٰ ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] ولهما أنَّ الحالَ دالةٌ علىٰ إرادةِ القذفِ.

وقولُهُ: (زنأت) يجوزُ أنْ يكونَ بهمز الحرفِ الليِّنِ كما يلين الحرفِ المهموزِ، وتكونُ (في) جاريةً علىٰ حقيقتها في الظرفيةِ، وهٰذا متعينٌ؛ لأن (في) لا تستعملُ في الزنأ بمعنى الصعودِ، وإنما تستعملُ كلمة (علىٰ) والحملُ علىٰ تغييرِ حرفٍ غيرِ موضوعٍ لمعنىٰ مكانَ حرفٍ غيرِ موضوعٍ لمعنىٰ مع فهمِ المعنىٰ من الكلمةِ لبقاءِ أكثر حروفها أولىٰ من حملِ كلامِهِ على ٱستعمالِ حرفٍ موضوعٍ لمعنىٰ عوضَ حرفٍ آخر موضوعٍ لمعنىٰ آخر؛ لأنه خلافُ الأصلِ وهٰذا هو الظاهرُ، فلا يصدقُ في دعوىٰ ما يخالفه الظاهرُ، وما ٱستشهدَ به في ٱستعمالِ كلمة (في) مكان (علىٰ) ممنوعٌ بل هو جار به علىٰ موضوعِهَا، والمرادُ الإشارةُ إلىٰ (تمكينِ)[(٢)] المصلوبِ من الجذع تمكن المظروف في الظرف[(١)].

قال: (وما أوجبناه على المصدق).

رجلٌ قال لآخر: أنت زان فقال آخر: صدقتَ لم يحد هٰذا المصدقُ[(٣)].

وقال زفر رحمه الله[(٣)]: يحدُّ؛ لأنَّه صدَّقَ قاذفَهُ فيما نسبه إليه فيكون قاذفًا.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«المبسوط» ٩/ ١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦-٤٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٠٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٤٠.

(٢) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب، ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣١٢، و«المبسوط» ٩/ ١٢٠-١٢١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦.

ولنا[١]: أنَّ هٰذا التصديقَ ليس بتصريحٍ بنسبةِ الزنا إليه مع ٱحتمالِ التصديقِ في كلامٍ آخر، إلَّا أنَّ هٰذا ظاهرٌ لكنه لا يكفي لإيجابِ الحدِّ فإن قال: صدقتَ فيما قلتَ حُدَّ؛ لارتفاعِ الاَحتمالِ وظهورِ إرادةِ نسبةِ الزنا إليه صريحًا فصار قاذفًا.

قال: (ولم يجعلوا قولَهُ في خصومةٍ لست بالزاني ولا أمي قذفًا[٢]).

إذا قال رجلٌ لآخر وهما يختصَّمان: لست بالزاني ولا أمِّي زنت فهٰذا قذفٌ عند مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣] إذا كان ذلك متعارفًا؛ لأنه تعريضٌ بالآخرِ، والحالُ والعرفُ يدلان عليه فيحدُّ حدَّ القذفِ.

وعندنا[٤]: لا يُحدُّ لأن حقيقتَهُ /١١٦أ/ موضوعةٌ لتزكية نفسِهِ وأمِّهِ، والظاهرُ إرادةُ الحقيقةِ، واحتمالُ التعريضِ لا يوجبُ الحدَّ لأنه لا يثبتُ مع الاَحتمالِ[٤].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣١٢، و«المبسوط» ٩/ ١٢٠-١٢١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦.

(٢) في (ب): (قاذفا).

(٣) «المدونة الكبرىٰ» ٤/ ٣٩١، و«التلقين» ٢/ ٥٠٥، و«المعونة» ٣/ ١٤٠٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣١٤.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣١١، و«المبسوط» ٩/ ١٢٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٧٦.

قال: (ولو ٱختلفَ شهودُهُ في مكانهِ أو زمانِهِ فهي مقبولةٌ).

الشاهدان بالقذفِ إذا ٱختلفا في مكانِ القذفِ أو ٱختلفا في زمانِهِ قبلتْ شهادتُهُما عند أبي حنيفة[١].

وقالا[١] رحمهم الله: لا تقبلُ.

والأصلُ أنَّ المشهودَ به إنْ كان قولًا كالبيعِ والإبراءِ والإقرارِ والطلاقِ والعتاقِ أو فعلًا ملحقًا به (كالقرضِ لم يمنع الاختلافُ في الزمان أو المكانِ قبولَ الشهادةِ بالاتفاقِ، وإن كان فعلًا كالغصبِ والجنايةِ، أو قولًا ملحقًا به)[٢] كالنكاحِ فالاختلافُ مانعٌ بالإجماعِ، والاختلافُ فيما عدا ذلك.

لهما: أنَّ البينةَ لم تتم علىٰ قذفٍ واحد، فإنَّ القذفَ في هٰذا الزمانِ أو المكانِ غيرُ القذفِ في ذلك المكانِ أو الزمانِ، فصار كما لو شهدَ أحدُهُما بالقذفِ والآخر بالإقرارِ به، وكما لو شهدَ أحدُهُما أنه قذفه بالعربيةِ والآخرُ بالفارسية، فلو كان ملحقًا بالقولِ لما كان الاختلافُ في الإقرارِ والإنشاء في اللغةِ قادحًا في الشهادةِ كالبيعِ والإجارةِ.

وله: أنها شهادةٌ قائمةٌ على القول فلم يضر ٱختلافُهما في الزمانِ والمكانِ، ولا يشكلُ بالنكاحِ، فإنه ملحقٌ بالفعلِ باعتبارِ أنَّ إحضارَ الشهودِ فيه أو حضورَهم شرطٌ، فلمَّا توقفَ وجودُهُ علىٰ فعلٍ ألحقَ به في حقِّ هٰذا الحكمِ، أما القذفُ فقولٌ حقيقةً ولا توقفَ فيه على الفعلِ فلا يلحقُ به، وهٰذا لأنهما شاهدان بما يوجبُ الحدَّ واتفقا في اللفظِ والصيغةِ والمعنىٰ فلم يضر الاختلافُ فيما عداها، كما لو شهدَ أحدُهُما

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٠٨، و«فتح القدير» ٥/ ٣٤٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٣، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤٤.

(٢) ساقطة من (ج).

أنه قال له: زنيت بفلانةٍ وشهدَ الآخرُ أنه (قال:)[1] زنيتَ بفلانةٍ غيرها، وهٰذا بخلافِ ما إذا ٱختلفا في الإقرارِ والإنشاءِ؛ لأنَّ الموجبَ هو صدورُ اللفظِ بصريحِ الزنا لا ما يكونُ اللفظُ عبارةً عنه، ألا ترىٰ أنه لو قيل لرجل: إنَّ فلانًا قال: إنك زنيتَ وهو حاضرٌ فقال: نعم، لا يحدُّ ولفظُ الإقرارِ غيرُ لفظِ الإنشاءِ صورةً ومعنىٰ فلم تتم الشهادةُ علىٰ واحدٍ منهما بخلافِ البيع، فإنَّ المقصودَ ما يدلُّ عليه اللفظُ من مبادلةِ المالِ بالمالِ بالتراضي لا نفس (لفظ)[1] العاقدِ، ودلالةُ الإقرارِ والإنشاءِ في البيعِ علىٰ ما هو المقصودُ منه حاصلٌ، وبخلافِ ٱختلافِهما في اللغةِ في القذفِ، فإنَّ المرادَ هو اللفظُ لا ما يدلُّ عليه اللفظُ، فاختلافُهُما فيه ٱختلافٌ في السببِ الموجبِ بخلافِ البيعِ والنكاح، إذ المقصودُ ما يدلُّ اللفظُ عليه من حصولِ مبادلةِ المالِ بالمالِ بالتراضي، فلم يكنِ الٱختلافُ فيما يدلُّ علىٰ ذلك قادحًا[2].

قال: (ونردُّ شهادةَ المحدودِ فيه وإنْ تابَ).

إذا حدَّ القاذفُ ردتْ شهادتُه أبدًا[3].

وقال الشافعيُّ[4] رحمه الله إذا تابَ تقبلُ شهادتُه؛ لزوال السببِ الموجبِ للردِّ وهو الفسقُ المنصوصُ عليه بقولِهِ تعالىٰ: ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [النور: ٤] وأثرُ الفسقِ في ردِّ الشهادةِ ظاهرٌ، وقد لزمَهُ ذلك إمَّا بارتكابِ

---

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٠٨، و«فتح القدير» ٥/ ٣٤٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٣٣، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤٤.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٨-٣٢٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٧٢، و«غاية البيان» ص٣٠٠.

الكذبِ بتقدير الكذبِ أو باظهارِ الفاحشة بتقدير الصدقِ، ولمَّا كانت هٰذِه في نفسِهَا جريمةً جعلَ الشرعُ الإتيان بالبينةِ مخلِّصًا عنها؛ لئلا ينسدَّ باب الحدِّ، فإذا ٱنتفى المخلص وهي جريمةٌ في نفسِهَا موجبة للفسقِ فردتِ الشهادةُ، فإذا تابَ ٱنتفى الفسقُ فينتفي الردُّ.

ولنا(١): أنَّ ردَّ الشهادةِ من تمامِ الحدِّ الذي شُرعَ في مقابلِة الرميُّ مع العجزِ عن البينةِ؛ لأنَّ الأمرَ بالجلدِ خرج مخرجَ الجزاءِ لهٰذِه الجريمة، وردُّ الشهادةِ معطوفٌ عليه فيدخل تحت الجزاءِ ضرورة ٱشتراك (المعطوفِ في حكمِ)(٢) المعطوفِ عليه، وفقهُ هٰذا أنَّ من فوَّتَ عصمةَ المالِ ٱستحقَّ بالسرقةِ تفويتَ نعمةِ البطش، فوجوبُ القطعِ لمكانِ كفران تلك النعمةِ العظيمةِ، ومَنْ فوَّتَ بالرميِّ عصمة العرضِ المصونِ ٱستحقَّ تفويتَ نعمةِ الكلامِ (بقطعِ اللسانِ)(٢)، إلَّا أنَّ الشرعَ أقامَ القطعَ المعنويَّ بردِّ الشهادةِ التي هي معظمُ منافعِ اللسان مقامَ القطعِ صورةً بمنزلةِ قطعِ اليدِ؛ لأن كلًّا منهما من تمامِ الحدِّ، ثم التوبةُ لا ترفعُ الحدَّ المستوفىٰ في الماضي فيبقىٰ مردودَ الشهادةِ أبدًا كما أنَّ السارقَ مقطوعُ اليد أبدًا(١).

قال: (وهو بسوطٍ أو بأكثرِهِ أو بتمامِهِ وبه قالا(٣)).

عن أبي حنيفة(٣) رَحِمَهُ اللَّهُ ثلاثُ رواياتٍ أفهمها في المتنِ بإدخالِ حرفِ (أو):

الأولىٰ: أنَّ شهادتَه تبطلُ بضربِ سوطٍ واحدٍ من الحدِّ(٤).

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٨-٣٢٩، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٩، و«المبسوط» ٩/ ١٣٠، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٩، و«المبسوط» ٩/ ١٣٠، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥،

والثانية: بضربِ أكثرِ الحدِّ[١].

والثالثة: تُردُّ شهادتُه بعد تمامِ الحدِّ وهو قولُهما، وفائدةُ الخلافِ تظهرُ في الذميِّ يقذف محصنًا، فلمَّا ضُربَ سوطًا أسلم فتمم الحد وهو مسلمٌ، ففي روايةٍ جازتْ شهادتُه على المسلمين وعلىٰ أهلِ الذمَّةِ تبعًا لهم، ووجُهُها أنَّ ردَّ الشهادةِ من تمامِ الحدِّ وثبوته عند العجزِ عن الإتيانِ بالبينةِ، والعجزُ يظهرُ بضربِ سوطٍ؛ لأنَّ القاضي يحرمُ عليه ضربُه /١١٦ب/ مالم يتحققْ عجزُهُ، فكان ضربُه جاريًا مجرىٰ حكمِهِ فبطلتْ شهادتُهُ التي كانت سائغةً[٢] علىٰ أهلِ الذمةِ، فإذا أسلمَ ٱستفادَ شهادةً لم تكنْ له، وهي سالمةٌ عن الردِّ.

وقالا[١]: وهي الروايةُ الأخرىٰ أنَّ الردَّ موقوفٌ علىٰ إتمامِ الحدِّ؛ لأن الردَّ من تمامِ الحدِّ والتمامُ يعتمدُ الوجودَ وما ضربَ قبلَ الإسلامِ بعض الحدِّ فلا تجوزُ شهادتُه إلَّا إذا أسلمَ بعد تمامِ الحدِّ؛ لتنزله منزلةَ لسان ٱستفادَهُ بعد قطعِ الأولِ بخلافِ العبدِ يعتقُ بعدَ إقامةِ الحدِّ؛ لأنه لم تكن (له)[٣] شهادة فتردُّ إتمامًا للحدِّ، وإنما الشهادةُ الواجبةُ الرد هي التي ٱستفادها بعدَ الحريةِ، فترد.

ووجهُ الروايةِ الأخرىٰ: وهي ردُّ شهادةِ الذميِّ بضربِ أكثرِ الحدِّ فهو أنَّ الأكثر كل حكمي فيقامُ مقامَ الكلِّ الحقيقيِّ[١].

«اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٩، و«المبسوط» ٩/ ١٣٠، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥، «اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(٢) في (ب): (سابقة).

(٣) من (ب، ج).

قال: (وتُقبلُ بعدَ الإسلامِ لا العتق).

لأنَّ الشهادةَ المستفادةَ بعد الإسلامِ ليست هي الشهادةُ التي كانتْ له حالَ كونِهِ ذميًّا وتلك هي المردودة إتمامًا للحدِّ، بخلافِ العبدِ فإنه لا شهادةَ له أصلًا علىٰ ما مرَّ[١].

قال: (ولو قذفَ عبدًا أو أمةً أو كافرًا بالزنا أو قال لمسلمٍ: يا فاسقُ أو يا خبيثُ أو يا كافرُ عزِّر).

أمَّا الأولُ فلأنه قذفَ بصريحِ الزنا لكن شرط إقامةِ الحدِّ -وهو الإحصانُ- مفقودٌ فتعين التعزيرُ، وأمَّا الثاني فلأنه قذفَ مسلمًا بغيرِ الزنا فألحقَ به العارَ والشينَ، ولا قياسَ في الحدودِ، فوجب التعزيز، إلَّا أنه يبلغُ به غايتَه في الأول؛ لأنه من جنس ما وجبَ به الحدُّ في المحصنِ، والرأيُ في الثاني إلى الإمامِ[٢].

قال: (أو يا حمارُ أو يا خنزيرُ لم يعزَّرْ، وقيل: يعزر إنْ كان شريفًا).

أمَّا القولُ الأولُ فوجهُهُ أنه صريحُ الكذبِ فلم يلتحقْ به العارُ، ووجهُ القولِ الثاني أن المقذوفَ إذا كان شريفًا كالعلوي والعباسي والفقيه تلحقه الوحشةُ بذلك، بخلافِ العاميّ الذي لا يبالي بذلك، وقد قال بعضُهُم[٣]:

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٢٩، و«المبسوط» ٩/ ١٣٠، و«الهداية» ٢/ ٤٠٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣١٣، و«المبسوط» ٩/ ١١٨-١١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٨، و«اللباب» ٣/ ٢٠٠.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٠٥-٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧١-٧٢.

إنه يعزز[١] مطلقًا، اعتبارًا للعرفِ، فإنه يعدُّ (فيه)[٢] سبًّا والتفصيلُ أحسنُ، وهو من الزوائد[٣].

قال: (ويقدر أكثره بخمسةٍ وسبعين سوطًا وهما بتسعةٍ وثلاثين ولا ينقصُ في الأقلِّ عن ثلاثةٍ).

أكثرُ التعزيرِ عند أبي يوسف[٤] ﵀ خمسةٌ وسبعون سوطًا في رواية، وفي روايةٍ أخرىٰ تسعةٌ وتسعون[٥].

وقال أبو حنيفة[٦] ومحمد[٦] رحمهما الله: أكثرُهُ تسعةٌ وثلاثون.

والأصلُ في ذلك قولُهُ ﷺ: «**من بلغ حدًّا في غير حدٍّ فهو من المعتدين**»[٧].

فأبو حنيفةَ[٨] ومحمدٌ[٨] رحمهما الله نظرا إلىٰ أدنى الحدِّ وهو حدُّ القذفِ في العبدِ فصرفاه إليه وهو أربعون فنقصا منه سوطًا.

---

(١) من (أ): (تعزير).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٠٥-٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٣٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧١-٧٢.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧١-٧٢، و«اللباب» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٥) في (ب، ج): (وسبعون).

(٦) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠، و«اللباب» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٧) رواه البيهقي ٨/ ٣٢٧ من حديث النعمان بن بشير، ومن حديث الضحاك وقال: المحفوظ مرسل. اهـ. ورواه محمد بن الحسن في «الآثار» مرسلًا كما عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٥٤.

(٨) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠.

وأبو يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ اعتبره في الحرِّ إذ الحريةُ هي الأصل، ثم نقص منه سوطًا وهو القياسُ وهو قولُ زفر[١] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وفي روايةِ الكتابِ نقص خمسة عدل فيها عن القياسِ بأثرِ عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في ذلك فقلَّدَهُ، والأدنىٰ مقدرٌ بالثلثِ في الكتاب؛ لأنَّه لا يحصلُ الزجرُ بما دون الثلثِ، وعن المشايخ أنَّ الرأيَ في ذلك إلى الإمامِ؛ لأن ذلك مما يختلفُ باختلافِ الناسِ. وعن أبي يوسفَ:[٢] يقدَّرُ بقدرِ عِظَمِ الذنبِ وصغرِهِ. وعنه أنه يقربُ كلَّ نوعٍ من جنسهِ فيقرِّبُ القبلةَ واللمسَ من حدِّ الزنا، ويقرِّبُ القذفَ بغير الزنا من حدِّ القذفِ بالزنا[٢].

قال: (وإنْ رأى الإمامُ الحبسَ أيضًا فعلَ).

إذا رأى الإمامُ أنْ يَحْبسَ في التعزيزِ مع الضربِ فعل ذلك لأنَّ الحبسَ يصلحُ تعزيرًا؛ ولهٰذا جاز الاكتفاءُ به فجاز ضُمه أيضًا؛ ولهٰذا لم يشرعِ الحبس في التعزيرِ للتهمةِ قبلَ ثبوتِ سببه، وشرعَ في الحدِّ قبل ثبوتِ سببه؛ لأنَّ الحبسَ نفسَهُ تعريز، فيؤدي شرعُهُ إلى التسوية بين التهمةِ والحقيقةِ بخلافِ الحدِّ؛ لأنَّه ليس منه[٢].

قال: (ويقدمُ التعزيرُ في شدةِ الضربِ ثم الزنا ثم الشرب ثم القذف).

أشدُّ الضربِ التعزيرُ، لأنه قد جرى التخفيفُ فيه من حيث العددِ، فلا يخففُ من حيث الوصفِ وإلا يلزمُ خلوه عن فائدةِ الزجرِ، ثم حدُّ

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٨٠، و«الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٦٠.

الزنا؛ لأنه ثابتٌ بالكتاب وهو أعظمُ جنايةً من الشربِ حيثُ شُرِعَ فيه الرجمُ، وحدُّ الشربِ بعدَهُ لأنه متيقنٌ بسببهِ وهو ثابتٌ بقولِ الصحابةِ ﷺ، ثم حدُّ القذفِ؛ لأن سببَه محتملٌ لجواز صدقِ القاذفِ، وقد جرىٰ فيه التغليظُ من حيثُ ردِّ الشهادةِ التي نزلتْ منزلةَ قطعِ لسانهِ فتخففُ من حيثُ الوصفِ[1].

قال: (ويعزِّرُ زوجته عن تركِ الزينةِ وغسلِ الجنابةِ والخروجِ من المنزلِ وتركِ الإجابةِ إلى الفراشِ).

لوجوبِ طاعتِه عليها[2] وطاعةِ الله تعالىٰ فيما أمرَ فيعزِّر على المخالفةِ وهٰذِه من الزوائد[3].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٠٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٠، و«اللباب» ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٢) في (ب): (إليها).

(٣) «الاختيار» ٤/ ٣٣٣، و«فتح القدير» ٥/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١١، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٧٧.

فصل في
حد السرقة وإثباتها وكيفية القطع

قال: (إذا سرقَ عاقلٌ بالغٌ من حرزٍ نصابًا لا شبهةَ له فيهما ونقدِّره بعشرةِ دراهمَ مضروبةٍ أو ماهي قيمته لا بربع دينارٍ /١١٧أ/ وجودتها شرط. ويخالفه في الزيوفِ الرائجةِ فشهدَ عليه ٱثنان، فسُئلا عن ماهيتهَا وكيفيتِهَا وزمانِهَا ومكانها أو أقرَّ مرةً. ويعتبرُهُ مرتين قطعتْ يمينُهُ من الزندِ وحسمتْ بعد خصومةِ المسروقِ منه، وقطعناه بدعوى المودعِ والمستعير والمضارب مع غيبة المالك).

السرقةُ في اللغةِ: أخذُ الشيءِ خفيةً بغيرِ إذنِ صاحبهِ مالًا كان أو غيره[١].

وفي الشرعِ: أخذُ العاقلِ البالغِ نصابًا محرزًا أو ما قيمتُه نصابٌ ملكًا للغير ولا شبهةَ له فيه ولا في الحرزِ علىٰ وجهِ الخفيةِ[٢].

ويعتبرُ المعنى اللغوي في ٱبتداءِ السرقةِ وانتهائها أو في ٱبتدائِهَا فيما إذا نقبَ البيتَ خفيةً وأخذَ المالَ مكابرةً، ولا يكونُ ذلك إلَّا ليلًا، فإنه في النهار يلحقه الغوث فلا يمكنه ذلك فلا يقطعُ فتشترطُ الخفيةُ ليلًا

---

(١) «مختار الصحاح» ص٢٧٢ مادة سرق، و«المصباح المنير» ص١٦٦ مادة سرق، و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٢٧ مادة سرق.

(٢) «الاختيار» ٤/ ٣٤١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٨٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٤.

ونهارًا، فالسرقةُ (الأدنىٰ)[١] مسارقةُ عينِ المالكِ أو من يقومُ (مقامَه)[٢] وفي السرقةِ الكبرىٰ وهي قطعُ الطريقِ مسارقةُ عينِ الإمامِ ومن يقوم مقامَهُ من أعوانِهِ، لأنهم أعينُهُ علىٰ حفظِ الأموالِ[٣].

وشُرِطَ البلوغُ والعقلُ لأنَّ فعلَ الصبيِّ والمجنون لا يُعدُّ جنايةً فلا يترتبُ عليه الحدُّ الذي شُرِعَ للزجرِ ولم تشترطِ الحريةَ؛ لأنَّ العبد كالحرِّ في السرقةِ لإطلاق النصِّ وهو قوله تعالىٰ ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولأنَّ القطعَ لا يمكن تنصيفُه فكمل في العبدِ صيانةً لأموالِ الناسِ، وشُرِطَ الحرزُ لأن الاستسرار[٤] والاختفاءَ لا يظهرُ دونَهُ، وسيأتي الكلام فيه[٥].

وأما النصابُ فشرُطَ لأنه لابدَّ من ٱعتبار مال له خطر؛ لأن ما ليس بخطير تفتر الرغبةُ عنه ولا يؤخذُ علىٰ وجهِ الخفيةِ ولا يتحققُ فيه ركنُ السرقةِ فلا يترتبُ علىٰ أخذهِ حكمُ الزجرِ؛ لأن الزجرَ يشرعُ فيما يغلبُ وجودُه، وشُرِطَ عدمُ الشبهةِ فيهما أي في الحرزِ والنصابِ؛ لأن الشبهةَ دارئةٌ للحدِّ، والنصابُ مقدرٌ بعشرةِ دراهمَ عندنا[٦].

---

(١) في (أ): (إذن).

(٢) في (ب): (مقام المالك).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٣٣، و«الهداية» ٢/ ٤٠٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٤١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٢.

(٤) في (ب): (الاستحراز).

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٧-١٠٨، و«الهداية» ٢/ ٤٠٨.

(٦) «المبسوط» ٩/ ١٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٠٨-٤٠٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٢-٢١٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٣، و«اللباب» ٣/ ٢٠٢.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: مقدرٌ بربع دينارٍ، وعند مالك[٢] رحمه الله بثلاثةِ دراهمَ، والأصلُ فيه ما روي أنَّ اليدَ كانت لا تقطعُ علىٰ عهدِ رسول الله ﷺ إلَّا في ثمنِ المجَنِّ[٣]، ونقل في تقديره عشرة دراهمَ وثلاثة دراهم، فالشافعي[٤] ومالك[٥] رحمهما الله يأخذان بالمتيقن وهو أقلُّ ما نقل فيه، والشافعي يقول[٦]: إن الدينارَ كان علىٰ عهدِ رسولِ الله ﷺ (اثنا عشر درهمًا والثلاثة ربعها، وعلماؤنا أخذوا فيه بالأكثرِ، ٱحتيالًا لدرءِ الحدِّ؛ لأنَّ في الأقلِّ شبهةَ عدمِ الجنايةِ، كيف وقد يؤيدُ بما رُوي من قولِهِ ﷺ: «**لا قطعَ إلَّا في دينارٍ أو عشرةِ دراهمَ**»[٧]، واسمُ الدراهمِ لمَّا لم ينطلقْ إلَّا على المضروبةِ منها في العُرفِ ٱشترطه في الكتابِ، وهو ظاهرُ الروايةِ، وهو الأصحُّ رعايةً لكمالِ الجنايةِ، وفائدةُ ذلك تظهرُ فيما لو سرقَ عشرةً تبرًا قيمتُها أنقصُ من عشرةٍ مضروبةٍ لم تقطعْ، والمعتبرُ في هٰذِه الدراهمِ وزنُ سبعةِ مثاقيلَ كما في الزكاةِ؛ لأنه هو المتعارف، والأصل فيه أنَّ النقودَ علىٰ عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ)[٨] وعهدِ

---

(١) «الأم» ٦/ ١٣٠، و«المهذب» ٢/ ٢٧٨، و«الوجيز» ٢/ ١٧١، و«حلية العلماء» ٨/ ٤٩.

(٢) «التفريع» ٢/ ٢٢٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٢٦.

(٣) المجن: هو الترس، لأنه يوارىٰ حامله أىٰ يستره والميم زائدة «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٣٠٨ مادة جنن.

(٤) «التنبيه» ص٢٤٥، و«غاية البيان» ص٣٠٠-٣٠١، و«تكملة المجموع» ٢١/ ٣٦٩.

(٥) «التفريع» ٢/ ٢٢٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٢٦، و«حلية العلماء» ٨/ ٤٩.

(٦) «المجموع» ٢١/ ٣٦٩، و«التنبيه» ص ٢٤٥.

(٧) رواه الترمذي معلقًا عن ابن مسعود، وقال: مرسل، والعلم علىٰ هٰذا عند بعض أهل العلم، وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة، قالوا: لا قطع في أقل من عشرة دراهم.

(٨) ما بين القوسين ساقط من (ج).

أبي بكرٍ ﷺ كانت متفاوتةً، فمنها ما كان الدرهمُ عشرين قيراطًا، ومنها ما كان عشرة قراريط وهو الذي يسمىٰ وزن خسمةِ مثاقيل، ومنها ما كان أثني عشر قيراطًا، وهو الذي يُسمَّىٰ وزنُ ستَّةِ مثاقيلَ فلمَّا كان زمنُ عمرَ ﷺ وطلب الناسُ منه أن يجمعَهُم علىٰ نقدٍ واحدٍ أمر بأنْ يؤخذَ من كلِّ نوعٍ من هٰذِه الأنواعِ درهم، فجمع فكان ٱثنين وأربعين قيراطًا، وأمر أن تضربَ ثلاثةَ دراهمَ فكان كلُّ درهمٍ أربعةَ عشرَ قيراطًا، وهو وزنُ سبعةِ مثاقيلَ، واستقرَّ الأمرُ علىٰ ذلك إلىٰ يومنا هٰذا ذكره في «المبسوط»[1].

وقوله: (أو ما هي قيمته) أي: وتقطع بسرقةِ (شيءٍ قيمتُه)[2] عشرة دراهم، وفيه دلالةٌ علىٰ أنَّ الٱعتبارَ في القيم بالدراهمِ ولو كان المسروقُ ذهبًا، وجودةُ الدراهم شرطٌ عند أبي حنيفة[3] رحمه الله.

وقال أبو يوسف[4] رحمه الله: إذا سرقَ عشرةَ دراهمَ وهي زيوفٌ رائجةٌ فقد سرقَ نصابًا؛ لأنها إذا كانت تروَّج ساوتِ الجيادَ فلم يظهرِ النقصانُ.

وأبو حنيفة رحمه الله[4] يقول: ماليةُ الزيوفِ أقلُّ من ماليةِ الجيادِ، والماليةُ مما يرغبُ فيها فتمكنُ النقصانِ. فيها كتمكنه في نفسِ العين حتىٰ لو سرقَ من الزيوف ما يساوي عشرة دراهمَ قطع إجماعًا؛ لأنَّه لا نقصانَ في

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٣٨-١٣٩.

(٢) من (ب، ج).

(٣) «الاختيار» ٤/ ٣٤٣، و«فتح القدير» ٥/ ٣٥٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٤-٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٢-٢١٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٢٦، و«فتح القدير» ٥/ ٣٥٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٣.

الماليةِ[١]، ثم السرقةُ تثبتُ بشهادة رجلين[٢]، وقد مرَّ أن (شهادة النساء)[٣] مع الرجالِ غيرُ مقبولةٍ في الحدودِ، ويسألهما القاضي عن ماهيةِ السرقةِ وكيفيتها ومكانها وزمانها؛ لأنَّ ذلك مما يلتبسُ علىٰ كثيرٍ من الناسِ فيسألُ الشهودَ عنه ٱحتياطًا في الحدودِ، ويجوزُ أنْ تظهرَ من شرحهم لذلك شبهةٌ دارئةٌ للقطع، إما باعتبارِ شبهةٍ في الحرزِ أو في المالِ أو يختلفُ زمانُ الشهادتين ومكانهما /١١٧ب/ فلا تتم البينةُ[٤]، وهٰذِه من الزوائد.

ويثبتُ بالإقرارِ مرةً عند أبي حنيفة[٥] ومحمد[٥] رحمهما الله.

وقال أبو يوسف[٥] رحمه الله: لا تقطعُ حتىٰ يقرَّ مرتين؛ لأن الموضعَ موضعُ الٱحتياطِ بدليل ٱعتبارِ صفةِ الذكورةِ في الشاهدِ، فكان ٱعتبارُ عددِ الإقرار فيه بعددِ الشهودِ من بابِ الٱحتياطِ ٱعتبارًا بالزنا.

(**ولهما**[٥]: أنَّ التكرارَ في الإقرارِ غيرُ مفيدٍ. فلا يعتبرُ كما في القصاصِ والقذفِ، وإنما ٱعتبرَ في باب الزنا)[٦] علىٰ خلافِ القياسِ فلا يتعدىٰ موردَ النصِّ.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٠٨-٤٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٣، و«اللباب» ٣/ ٢٠١.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٤٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٢.

(٣) في (أ)، (ب): (شهادتهن).

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٤٢، و«الهداية» ٢/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٣-٢١٤.

(٥) «الهداية» ٢/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٧٨، و«اللباب» ٣/ ٢٠٢.

(٦) ساقطة من (ب).

وقد قال محمدٌ[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا لم أقطعْ بالمرةِ الأولىٰ لم أقطعْهُ أصلًا؛ لأن الخصومةَ ٱنقطعتْ بالإقرارِ أولَ مرةٍ كما لو ردَّ عليه المسروقَ فلم يكن الإقرارُ الثاني بعد ٱنقطاع الخصومةِ مفيدًا للقطعِ، كما لو ردَّ المسروقَ ثم أقرَّ بالسرقةِ فإنه لا يقطع، ثم خصومةُ المسروقِ منه. ودعواه شرطُ القطعِ؛ لأنَّ الخصومةَ شرطٌ لظهورِ السرقةِ وكذا حضورُه شرطُ القطعِ؛ لأن الإمضاءَ من القضاءِ في باب الحدِّ[٢] لاحتمال أنَّ نهبه المسروقِ أو نملكه إياه فيسقطُ القطعُ، فإذا حضر ٱنتفى الاْحتمالُ، وإذا خاصمَ المستودع أو المضارب أو المستعير قطع بدعواهم مع غيبةِ المالكِ.[٣]

وقال زفر[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تقطعُ بدعوىٰ هٰؤلاء من دونِ حضورِ المالكِ؛ لأنَّه ٱستيفاءٌ مع قيامِ الشبهةِ، فلا يجوزُ[٣]، وهٰذا لأنَّ المالكَ لو حضر فعساه يقرُّ له بملكِ المسروقِ أو بكونه مأذونًا له في الأخذِ من جهتِهِ؛ ولهٰذا فإنَّ القصاصَ في النفسِ لا يستوفىٰ بخصومةِ المودعِ ولا غيرِهِ مع غيبةِ المالكِ؛ ولأنَّ المال مضمونٌ على السارق وفي ٱستيفاءِ القطع إسقاطٌ لضمانه وتفويتٌ لعصمته فلا يستوفىٰ بخصومتِهِ.

ولنا[٣]: أن السرقةَ الموجبة للقطعِ ظهرتْ عند القاضي بالحجة بدعوىٰ معتبرةٍ مطلقًا؛ لأنَّ لهٰؤلاء حقَّ اليدِ الصحيحةِ فكان لهم الخصومةُ في ٱستردادها؛ لكون اليدِ مقصودةً كالملكِ، ألا ترىٰ أن الغاصبَ يضمنُ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٨٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٣، و«فتح القدير» ٥/ ٣٦٠.

(٢) في (ب، ج): (الحدود).

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٣٣، و«المبسوط» ٩/ ١٤٤، و«الهداية» ٢/ ٤٠٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٨.

الأمينِ بتفويتِ يدهِ فكان مقصودًا، وإذا ثبتَ له الخصومةُ في إثباتِ إزالة يدهِ ثبتَ له في إثباتِ سبب إزالتها وهي السرقةُ، كمن ٱدعىٰ في يدِ آخر شيئًا أنَه لَهُ ٱشتراه من فلانٍ وأقام بينةً قبلتْ، حتىٰ لو قدم البائع فأنكرَ لم يلتفتْ إلىٰ إنكارِهِ؛ لأَنَّه لمَّا كان خصمًا في إثباتِ الملكِ لنفسه كان خصمًا في إثباتِ سببِهِ، فكذا هٰذا، وإذا ظهرتِ السرقة بخصومةٍ عند القاضي بغيرِ شبهةٍ؛ لأَنَّه أصلٌ في هٰذِه الخصومةِ لا باعتبارِ (النيابة)[1] عن المالك، ألا ترىٰ أنه لا يضيفُ بخصومتهَ إلى المالكِ، فوجب القطعُ إقامةً لحقِّ الله تعالىٰ، وما ذكر من شبهةِ إقرارِ المالكِ له فلا ٱعتبار لها، ألا ترىٰ أن لربِّ الوديعةِ أنْ يقطعَ بدونِ حضور المودعِ وإنْ كانت شبهة إذنه له في دخولِ الحرزِ ثابتة، والمعتبرُ إنما هي موجودةٌ في الحالِ لا متوقعة الوجودِ في المآلِ؛ ولهٰذا يقطعُ بالإقرارِ وإنْ كان يتوهمُ رجوعه عنه في ثاني الحالِ، وأما سقوطُ عصمةِ المالِ فثابتٌ ضمنًا لاستيفاءِ حقِّ الشرعِ فلا يضافُ ذلك إلى المودعِ؛ لأنَّ قصدَ المودعِ بالخصومةِ إحياءُ حقِّ المالك لا إسقاطه فلم تكنْ خصومتهم مفضيةً لتخللِ فعلِ فاعلٍ مختارٍ فأضيفَ الحكمُ إليه لا إلى السببِ، وتركت الخلافَ المذكورَ في «المنظومة»[2] مع الشافعي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أنَّه لا يقطعُ بالسرقةِ من المستودعِ، فإنَّه قال في «الوجيز»[4]: ويقطعُ بسرقةِ المالِ من يدِ المودعِ والوكيلِ والمرتهنِ.

---

(١) في (ب، ج): (النهاية).

(٢) «المنظومة» ١٤١.

(٣) «الأم» ٦/ ١٣٣، و«المهذب» ٢/ ٢٧٨-٢٧٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٢٩.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٧٣.

وقولُه: (قطعتْ يمينه من الزندِ وحسمتْ) بيانٌ لكيفيةِ القطعِ. أما نفسُ القطعِ فلقولِهِ تعالىٰ ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وأمَّا أنَّ اليدَ مفسرةٌ باليمينِ فلقراءةِ ابن مسعودٍ ﷺ: فاقطعوا أيمانهما[١]، وأما كونُه من الزندِ فلما صحَّ أنه ﷺ أمرَ بقطعِ السارقِ من الزندِ، وأمَّا الحسمُ[٢]، فلقوله ﷺ: «**فاقطعوه واحسموه**»[٣][٤]، ولأن الحسمَ مانعٌ من نزف الدمِ المفضي إلى الهلاكِ، والهلاكُ غيرُ مرادٍ بل المرادُ حصولُ الزجر، فكان الحسمُ مأمورًا به لذلك[٥].

قال: (فإن ثنىٰ قطعتْ رجلُه اليسرىٰ، وإن ثلَّثَ خُلِّدَ حبسُه حتىٰ يتوبَ ولا تقطعُ يدُهُ اليسرىٰ ثم رجلةُ اليمنىٰ في الرابعةِ).

إذا قطع السارقُ فعاد فسرقَ ثانيةً قطعتْ رجلُه اليسرىٰ من المفصَلِ وحسمتْ كما مرَّ، فإن عاد فسرقَ لا يقطع بل يخلَّد في السجنِ حتىٰ يتوبَ ويظهرَ عليه سيمآء التائبين.

---

(١) سنن البيهقي ٨/ ٢٧٠، وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ٧١: (فيه انقطاع)، وضعفه الألباني فى الإرواء ٨/ ٨١.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٦٧-١٦٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٨.

(٣) «سنن الدارقطني» ص٣٣١، و«مستدرك الحاكم» ٤/ ٣٨١، و«سنن البيهقي» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦. وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرط مسلم ووافقه الذهبي وضعفه الألباني فى الإرواء ٨/ ٨٤.

(٤) أحسموه: أي: أقطعوا يده ثم أكووها لينقطع الدم. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٣٦٨.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٦٧-١٦٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٨.

وذكر المشايخ أنه يعزَّر أيضًا بما يراه الإمامُ (رادعًا[(١)])[(٢)].

وقال الشافعي[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا سرقَ ثالثةً قطعتْ يدُه اليسرىٰ وفي الرابعةِ تقطعُ رجلُه اليمنىٰ. وهٰذا تفسيرٌ لما في «المنظومة»[(٤)] من قوله: وتقطعُ الأطرافُ في المراتِ، فإنه أهملَ الترتيبَ. له قوله ﷺ: «**من سرقَ فاقطعوه، فإنْ عادَ فاقطعوه، فإنْ عادَ فاقطعوه، فإنْ عادَ فاقطعوه**»[(٥)]، وروي علىٰ ما فصلناه في رواية أخرىٰ، ولأن الحدَّ شرعَ زاجرًا، والسرقةُ الثالثة مثلُ الأولىٰ في أنها جناية تستدعي الزاجر عنها بل فوقها؛ لأنه أقدمَ عليها /١١٨أ/ مع تقدُّمِ الزجرِ عن الأولىٰ والثانية، فكان إقدامُه عليها مع هٰذِه الحالةِ أدعىٰ إلىٰ شرعيةِ الزجرِ.

ولنا[(٦)]: قولُ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في السارقِ ثالثة: إني لأستحي من الله أن لا أدعَ له يدًا يأكلُ بها ويستنجي بها ورجلًا يمشي عليها. ووقعت المحاجة بذلك بينَهُ وبين الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فانقادوا له، وانعقد إجماعُهم عليه ولأنَّ الحدَّ شرعُ للزجرِ لا للإتلافِ، وفي قطعِ أطرافِه إتلاف معنىٰ بتفويتِ جنسِ منفعةِ البطشِ والمشي؛ ولأنَّ الإقدامَ مع تحققِ الزجرِ، مرتين في غايةِ الندرةِ فلا يتعلقُ به الزاجر؛ لأنَّه فيما يغلبُ وجوده لا فيما

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٦٧، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٨.

(٢) في (ب): (راتبًا).

(٣) «الأم» ٦/ ١٥٠، و«المهذب» ٢/ ٢٨٤، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ٤٢١-٤٢٢.

(٤) «المنظومة» لوحة (١٢٧).

(٥) روىٰ أبو داود نحوه (٤٤١٠) من حديث جابر بن عبد الله.

(٦) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٣٩، و«المبسوط» ٩/ ١٦٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٠-٣٥١.

يندر، ولا يُردُّ القِصاصُ لأنه حقُّ العبدِ فيستوفىٰ ما أمكن ٱستيفاؤه؛ لأن وجوبَه للجبرِ لا لمحضِ الزجرِ، وما رواه قد طعنَ فيه الطحاويُّ رحمه الله وغيرُهُ من نقادِ الحديثِ[١].

قال: (ولا تقطعُ إذا كانت يدُهُ اليسرىٰ أو رجلُهُ اليمنىٰ شلاء أو مقطوعة).

إذا كان السارقُ أقطعَ اليدِ اليُسرىٰ أو أشلَّ اليدِ اليسرىٰ أو مقطوعَ الرجلِ اليمنىٰ أو أشلَّ الرجلِ اليمنىٰ لم يقطع؛ لأنَّ في القطعِ تفويتَ جنسِ منفعةِ البطشِ بقطع اليمنىٰ، وكذلك تفويتُ منفعةِ المشي؛ لأنَّه إذا قطعتْ يدُه اليمنىٰ ورجلُه اليمنىٰ مقطوعةٌ أو شلاء لا يستطيعُ المشيَ أو كانت إبهامُه من اليدِ اليسرىٰ مقطوعةً أو شلاء، أو كانت إصبعان منها سوى الإبهامِ كذلك لم تقطعْ لفواتِ معنى البطش بقطع الإبهام وتقطع؛ لو كانت الشلاءُ أو المقطوعةُ إصبع واحدة سوى الإبهام؛ لأنَّ ذلك لا يوجبُ خللًا ظاهرًا في البطشِ، بخلافِ الإصبعين فإنهما يتنزلان منزلةَ الإبهام في فواتِ البطشِ بفواتهما[١].

قال: (وقاطعُ اليسارِ مأمورًا باليمين غير ضامن وضمناه في العَمْد).

إذا قال القاضي للحداد[٢] أقطع، يمينَ هٰذا السارقِ فقطع يسارَه لا شيءَ عليه عندَ أبي حنيفة[٣] رحمه الله مطلقًا عمْدًا كان أو خطأً.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٧٥، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٥١، و«اللباب» ٣/ ٢٠٩.

(٢) في (ب): (للجلاد).

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٠-١٤١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٧٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٧.

وقالا[١]: إن كان خطأ لم يضمنْ، وإن تعمَّد ذلك ضمنها.

ومذهب زفر[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجوبُ الضمانِ مطلقًا وهو القياسُ، والمرادُ بهٰذا الخطأ هو الخطأُ في الاجتهادِ، أمَّا إذا كان الخطأُ في معرفةِ اليمين من اليسار لا يكون ذلك عذرًا (وقيل: يجعل عذرًا)[٣] أيضًا، ووجهُ القياسِ أنه قطع يدًا معصومةً، والخطأ موضوعٌ في حقِّ الله تعالىٰ لا في حقِّ العبدِ فيضمنها.

ولهما[٤]: أنه قطعَ يدًا معصومةً عمدًا ولا تأويلَ له لتعمده الظلمَ فلا يعفىٰ، وإن كان في الاجتهاداتِ فوجبَ أنْ يجبَ القصاصُ لكنه يسقط للشبهة، فتعين الضمان.

وله: أنَّه أتلفَ يسارَه وأخلف ما هو خيرٌ له منها فلم يكنْ متلفًا، كمن شهدَ علىٰ غيره ببيع ما لهُ مثل قيمتِهِ ثم رجعَ. وعلىٰ هٰذا لو قطعَهُ آخرُ غير الحداد لا يضمنُ أيضًا وهو الصحيحُ، وجوابُ زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ الخطأَ في الاجتهادِ موضوعٌ، وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ[٥] رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنه قال: إنِ قالَ القاضي: اقطع يدَهُ فقطعَ يسارَهُ لم يضمن، وإن قال: اقطع يمينَهُ فقطع يسارَهُ عمدًا فعليه القصاص.

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤١، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٦.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٧٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٠، و«الهداية» ٢/ ٤١٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٧٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٦.

قال: (والشهادة بسرقةٍ بقرةٍ مع الأختلافِ في لونها مقبولةٌ).

رجلان شهد أحدُهما أن فلانًا سرقَ بقرةً سوداءَ والآخرُ أنه سرقَ بقرةً بيضاءَ تقبل الشهادةُ عند أبي حنيفة[١] رحمه الله ويقطعُ السارق.

وقالا[١]: لا تقبل؛ لأنَّ الشهادةَ لم تتم علىٰ سرقةٍ واحدة فتنزل منزلةَ ٱختلافهما في الذكورةِ والأنوثةِ وكالغصبِ وكالاختلافِ في القيمةِ.

وله: أنَّ هٰذا الأختلافَ فيما لا يجبُ على الشهودِ ذكره مع إمكانِ التوفيقِ بين الشهادتين لكونِ البقرةِ المشهودِ بسرقِتهَا واحدة وكل (واحد)[٢] من الشاهدين شاهد اللون الذي ذكره، والبينةُ يجب العملُ بها ما أمكن، وقد أمكنَ بما ذكرنا فيصارُ إليه، بخلافِ الأختلافِ في الذكورةِ والأنوثةِ؛ لعدم إمكانِ التوفيقِ وبخلاف الغصبِ؛ لأنه يقعُ في النهارِ غالبًا؛ لأنه أخذُ مالٍ علىٰ وجهِ الغلبةِ والقهر دونَ الخفيةِ والاستسرارِ فيتمكنُ الشاهد من الأحتياطِ في تحملِ الشهادةِ، وفي السرقةِ تحملُ الشهادةِ يقعُ غالبًا ليلًا، ومن بعدُ فيعفىٰ في تحملِ الشهادةِ في هٰذا التفاوتِ، ويوفق بينهما لأنَّه موضعُ ٱشتباهٍ وبخلافِ الأختلافِ في القيمةِ؛ لأنَّ الشهودَ مكلفون بذكرِ القيمةِ إذا كانتْ غائبةً وبالإشارةِ إلىٰ عينها إن كانتْ حاضرةً، فاختلافُهما فيها كاختلافِهما في نفسِ الشهادة[٣].

(١) «المبسوط» ٩/ ١٧٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٧، و«الاختيار» ٢/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٦.
(٢) من (ب).
(٣) «المبسوط» ٩/ ١٦٢-١٦٣، و«الهداية» ٣/ ١٤٢، و«الاختيار» ٢/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٦.

قال: (ولو أقرَّ عبدُ (محجورٌ)[١] بسرقة نصابٍ معينٍ فكذبه مولاه فالواجبُ القطع والردُّ إلى المسروقِ منه ويقطعه، ويجعلُ المالَ للمولىٰ، ووافق في الثاني).

العبدُ المحجورُ عليه إذا أقرَّ أنه سرقَ هٰذِه العشرةَ دراهمَ من مالِ فلانٍ فكذبه المولىٰ.

قال أبو حنيفة[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: تقطع ويردُّ المالُ إلىٰ من أقرَّ بالسرقةِ منه.

وقال أبو يوسف[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: يقطع والعشرةُ للمولىٰ.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: لا يقطع والعشرةُ /١١٨ب/ للمولىٰ.

وقوله: (ووافق في الثاني) قرينةٌ دالةٌ علىٰ مخالفتِهِ في الأول، والموافقةُ والمخالفة راجعان إلىٰ أبي يوسف[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّه أقرب المذكورين، ولو كان العبدُ أقرَّ بسرقةِ مالٍ مستهلكٍ قطعت يده باتفاق من علمائنا، ولو كان مأذونًا له تقطعُ في القائِم والمستهلكِ.

وقال زفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تقطعُ في الوجوهِ كلِّها؛ لأنَّ إقراره واردٌ علىٰ نفسه وطرفه، وكلُّ ذلك مالُ المولىٰ فلم ينفذْ إقرارُه علىٰ غيره، إلَّا أنَّ المأذونَ له يؤاخذُ بالضمانِ وبالمالِ لصحةِ إقرارِهِ به من جهةِ تسليطِ المولىٰ إياه علىٰ ذلك.

ولنا[٢]: أنَّ العبدَ من حيث إنه مالٌ هو مملوكٌ لا من حيث إنه آدميٌّ مكلفٌ، والإقرارُ بالجنايةِ من خواصِّ الآدميَّةِ؛ لأنه مبنيٌّ على التكليفِ، والتكليفُ من خواصِّ الآدمية، وكان إقرارُه بالجناية كإقرارِ الحرِّ بها ثم

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٨٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٦.

يتعدىٰ إقرارُه بالمالِ ضمنًا وتبعًا لا مقصودًا، والإقرار (به)[١] ينفذ[٢] على الغير إذا لم يشتملْ علىٰ تهمةٍ كشهادةِ الواحد برؤية الهلال، وهٰذا الإقرارُ يضره فتقبلُ على المولىٰ؛ لعدم التهمةِ.

لمحمد[٣] في المحجور عليه أنَّ إقرارَه بالمال باطل، ألا ترىٰ أنه لا يصحُّ (منه)[٤] بالغصبِ فكان ما في يدهِ لمولاه، والعبدُ لا يقطع في السرقةِ من مال مولاه ولأن، المال[٥] أصلٌ والقطعُ تابع (ولهٰذا)[٦] فإنَّ الخصومةَ تُسمعُ في المالِ وحدَهُ وتثبتُ بأنْ يقولَ: أخذ مني. ولا يقولُ: سرقَ منيّ، ولا تُسمعُ في القطعِ وحدَهُ ولا يثبتُ، وقد بطلَ فيه، وهو أصلٌ فيبطلُ في التابع، بخلاف المأذون لصحةِ الإقرارِ بالمالِ، فتصحُّ في القطعِ تبعًا.

ولأبي يوسف[٧] رحمه الله أن إقرارَهُ تضمن علىٰ شيئين: القطع وهو علىٰ نفسِهِ، والمالِ (وهو على المولىٰ)[٨]، فيصحُّ فيما هو علىٰ نفسِهِ لما مرَّ دونَ ما هو علىٰ مولاه، والقطعُ يستحقُّ بدونِ المالِ، كما إذا قال حرٌّ: الثوبُ الذي في يدِ زيدٍ سرقته من عمروٍ، وزيد يقول: هو ثوبي. فإنه يقطع والثوبُ لا يؤخذُ من زيدٍ.

---

(١) من (ج).
(٢) في (ب): (لا ينفذ).
(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٨٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣١.
(٤) من (ب).
(٥) في (ب): (المولىٰ).
(٦) من (ب، ج).
(٧) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٨٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣١.
(٨) ساقطة من (ب).

ولأبي حنيفة[١] رحمه الله أنَّ إقرارَه بالقطعِ صحيحٌ لما مرَّ فيصح في المالِ مرتبًا عليه، إذ الإقرارُ يلاقي حالةَ البقاءِ، فإنه إخبارٌ بالسرقةِ بعدَ وجودِها والمالُ حالةَ البقاءِ تابعٌ للقطعِ، ألا ترىٰ أنه تسقط عصمةُ المالِ بالقطعِ ولو كان أصلًا لما سقطَ، والقطع يستوفىٰ مع ٱستهلاكِ المالِ، ولو كان أصلًا لوجب قيامُه حالَ القطعِ، بخلافِ مسألةِ الحر؛ لأنَّ القطعَ يجب بالسرقةِ من المودع فيحكم بأن عمرًا كان مودعًا لزيدٍ، أما العبدُ فلا يقطعُ بالسرقةِ من المولىٰ فافترقا، ولو كان المولىٰ صدقه قطع (العبد)[٢] في الفصولِ كلها لزوالِ المانعِ وهو حقه[١].

قال: (وإذا قطع والعين قائمة ردت، أو مستهلكة لم يضمن والضمان به رواية، ولم يجمعوا بينهما ليساره وقتَ القطعِ فنمنعه مطلقًا).

إذا قطع السارق والعين المسروقةُ قائمةٌ موجودةٌ ردت إلىٰ صاحبها؛ لقيام ملكهِ فيها، وإن كانت مستهلكةً لم يضمن، وهٰذا هو المشهورُ، وهو روايةُ أبي يوسف[٣] رحمه الله عنه، وإذا لم يضمن بالاستهلاك فأولىٰ أن لا يضمن بالهلاكِ.

وفي روايةِ الحسن عن أبي حنيفة[٤] رحمه الله أنه لا يضمنُ في الهلاكِ ويضمن في الاُستهلاكِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٥، و«المبسوط» ٩/ ١٨٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣١.

(٢) في (ج): (اليد).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٥٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٢، و«اللباب» ٣/ ٢١٠.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٥٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٢.

وقال الشافعي[١] رَحِمَهُ اللهُ: يضمن[٢] في الهلاكِ والاستهلاكِ.

وقال ابن القاسم[٣][٤] صاحب مالك رحمهما الله يشترط يسارُه من حين السرقةِ إلى القطعِ.

وقال أشهب[٥]: يشترط يساره إلىٰ أن تقامَ عليه السرقةُ.

وقد ٱختارَ في الكتابِ الأولَ ٱعتبارًا للعجز الحالي (به)[٦] والقدرة[٧] الحاليةَ إلَّا أنا نقول: إن وجبَ الضمانُ فحقه ليس بمتعينٍ في الحالِ بل عند اليسارِ، وإن لم يجب الضمانُ وجبَ أن لا يطالب به مطلقًا لا في الحالِ ولا بعده.

وللشافعيّ[٨] رَحِمَهُ اللهُ أنَّ القطعَ والضمانَ حقان مختلفا السبب فيستوفىٰ (في)[٩] كل منهما ولا يمتنعُ أحدهما للآخر، أما القطعُ فإنه حقُّ الشرعِ،

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٨٥، و«الوجيز» ٢/ ١٧٨، و«حلية العلماء» ٨/ ٧٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٥٩.

(٢) في (ج): (لا يضمن).

(٣) «التفريع» ٢/ ٣٢٠، و«المعونة» ٣/ ١٤٢٨-١٤٣٠، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٣٧، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٠٤.

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقىٰ، أبو عبد الله المصري مولىٰ زيد بن الحارث العتقىٰ، روىٰ عن مالك والليث بن سعد وعبد العزيز بن الماجشون وروىٰ عنه أصبغ بن الفرج وسجنون وعيسىٰ بن دينار، توفي سنة ١٩١هـ .
«تقريب التهذيب» ص٣٤٨ .

(٥) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم أبو عمر القيسي العامرى الجعدي، من أهل مصر ولد سنة (١٤٠) وقيل (١٥٠) وتوفي في مصر سنة (٢٠٤).
«شذرات الذهب» ٢/ ١٢.

(٦) من (ج).

(٧) في (ب): (الندرة).

(٨) «الأم» ٦/ ١٥١، و«المهذب» ٢/ ٢٨٥، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ٤٢٣.

(٩) من (ب).

وسببه تركُ الانتهاءِ عما نهىٰ عنه، وأمَّا الضمانُ فحقُّ العبدِ، وسببه أخذُ المالِ فصارَ كاستهلاكِ صيدٍ مملوكٍ في الحرمِ، فإنه يجبُ قيمتُه لحقِّ المال[١] وقيمة أخرىٰ لحقِّ الحرمِ وشرب خمر مملوك لذمي حيث تجبُ القيمةُ والحدُّ.

ولنا[٢]: قوله ﷺ: « **لا غرمَ على السارقِ بعد ما قطعت يدُه** »[٣]، ولأنَّ في إيجاب الضمانِ نفيًا لوجوبِ القطعِ فيكونُ القطعُ مانعًا منه، وهٰذا لأنَّ السارقَ يتملك العينَ المسروقةَ بأداءِ الضمانِ مستندًا إلىٰ وقتِ الأخذِ فلو قطع يكون مقطوعًا بأخذِ ملكِه وهو ممتنعٌ، وما يؤدي إلىٰ إلغاءِ القطعِ المشروعِ (وهو)[٤] أولىٰ بإلغائِه فامتنعَ الضمانُ؛ لأنَّ عصمةَ المالِ يجبُ أن تكونَ حقًّا للشرع[٥] لتمكنِ القطعِ؛ لأنها لو كانت حقًّا، للعبدِ، والحرامُ لحقِّ العبدِ حرامٌ لغيرِه لا لنفسِه، فيكون مباحًا في نفسه فتقومُ (إباحته)[٦] الذاتية شبهةً دارئةً للحدِّ، فلابد من جعل الحرمةِ حقًّا للشرعِ كالميتة؛ لتكون حرامًا في نفسِه مطلقًا فيجب الحدُّ حينئذٍ، وما كان حرامًا لحقِّ الشرع لا يجب ضمانُه، ثم نقول: الحاجةُ ماسةٌ إلىٰ نقلِ العصمةِ من العبدِ إلى الشرعِ في حقِّ السرقةِ الموجبةِ للقطع، والاستهلاكُ /١١٩أ/ فعل آخر غير السرقة فلم تمسِ الحاجةُ فيه إلىٰ

---

(١) في (ب، ج): (المالك).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٥٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٢.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٧٥: غريب بهٰذا اللفظ، ورواه بمعناه الدارقطني ٣/ ١٨٢ والبيهقي ٨/ ٢٧٧ من حديث عبد الرحمن بن عوف وهو منقطع.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (لله تعالىٰ).

(٦) في (ب): (الحاجة).

تحويلِ العصمةِ، فيكون معصومًا حقًّا[١] للعبد في حقِّ الاستهلاكِ فيجبُ الضمانُ؛ ولأنَّ اعتبارَ الشبهةِ فيما هو السببُ وهو السرقةُ دونَ غيرِهِ.

ووجهُ المشهورِ من الروايةِ أنَّ الاستهلاكَ من تمام مقصودِ السرقةِ، (وهو إخراجُ المالِ المسروقِ في مصالحِهِ، فيتعدى اعتبارُ الشبهةِ إليه لكونِهِ من تمامِ السرقةِ)[٢]؛ ولأنَّ سقوطَ العصمةِ في حقِّ الضمانِ في فصلِ الاستهلاكِ من ضرورةِ سقوطِهِ في فصلِ الهلاكِ، وهٰذا لأنها لما سقطتْ في فصلِ الهلاكِ فلو (بقيتْ)[٣] في فصلِ الاستهلاكِ حتىٰ وجبَ الضمانُ لوجبَ من غير مماثلةٍ بين البدلين؛ لأنَّ المالَ المسروقَ غيرُ مضمونٍ بالهلاكِ فيكونُ (معصومًا)[٤] من وجهٍ دون وجهٍ، والمال المأخوذُ في مقابلتِهِ مضمونٌ بالهلاكِ والاستهلاكِ حتَّىٰ لو أخذَهُ من يدِهِ غاصبٌ ضمنَهُ مطلقًا، فيكونُ معصومًا من كلِّ وجهٍ، فلو وجبَ الضمانُ لوجبَ مع انتفاءِ المماثلةِ بين البدلين وأنه ممتنعٌ شرعًا[٥].

قال: (ولو حضرَ أحدُ جماعةٍ فقطعَ له فهو غيرُ ضامنٍ مطلقًا وأوجباه في غيرِ التي قُطعَ لها).

إذا سرقَ سرقاتٍ فحضرَ أحدُ أربابِها فخاصمَ فقطع بخصومتِهِ (قال أبو حنيفة رحمه الله[٦]: وقعَ القطعُ عن الكلِّ ولا يضمنُ لأحدٍ منهم شيئًا.

---

(١) في (ب): (جمعًا).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) في (ب): (نقلت).

(٤) في (ب): (مضمونًا).

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٥٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٢.

(٦) «المبسوط» ٩/ ١٧٧، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«البحر الرائق» ٥/ ٧١.

وقالا[١]: يضمنُ لغير من قطع بخصومتِهِ)[٢]، ولو حضروا جميعًا وقطعَ بخصومتِهِم لم يضمنْ شيئًا بالاتفاقِ.

لهما[١]: أنَّ الخصومةَ ظهرتْ في حقِّ الحاضرِ بدعواه ولم تظهرْ في حقِّ الباقين، والظهورُ في حقِّهِم متوقفٌ علىٰ خصومتِهِم، والحاضرُ ليس بنائبٍ عنهم في ذلك، فلم تظهر السرقةُ في حقِّهِم، فلم يقع القطعُ لهم فبقيتْ أموالُهم علىٰ عصمتِها فيضمنها.

وله: أنَّ الواجبَ حقًّا للهِ تعالىٰ قطعٌ واحدٌ عن الكلِّ؛ لأنَّ مبنى الحدودِ على التداخلِ، والخصومةُ شرطُ ظهورِهِا عند القاضي، فإذا ٱستوفىٰ فالمستوفىٰ واقعٌ عن الكلِّ؛ ولهٰذا فإنَّ نفعَهُ راجعٌ إليهم جميعًا، وإذا وقعَ لهم ٱرتفعَ الضمانُ كما لو حضروا جميعًا، وعلىٰ هٰذا الخلافِ إذا كانت النصبُ لواحدٍ فخاصمه في بعضِهَا[١].

قال: (ولو ٱشتركَ جماعةٌ فحصل لكلِّ نصابٍ قطعوا أو لكلهم نصابٌ لم يقطعوهم).

هاتان مسألتان الأولىٰ: إذا ٱشتركَ جماعةٌ في سرقةٍ فأصاب كلُّ واحدٍ (منهم)[٣] نصابَ السرقةِ قطعوا لكمالِ السرقةِ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم وهتك الحرز، وهٰذا بالاتفاقِ[٤].

الثانية: إذا ٱشتركوا في سرقةٍ فأصاب النصابَ جميعُهُم ولم يتم في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم[٥].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٧٧، و«الهداية» ٢/ ٤٢١، و«البحر الرائق» ٥/ ٧١.

(٢) ساقطة من (ج). (٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٤.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٤٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦١٥-٦١٦،

قال أصحابُنَا وهو مذهبُ عبدِ الملكِ بن الماجشون من المالكيةِ[١]: لا يقطعون. وقال غيرُ ابن الماجشون: يقطعون علىٰ كلٍّ حالٍ.

ولنا[٢]: أن الموجبَ للقطعِ هو سرقةُ النصابِ، وإنما تجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهم بسببِ ما صدرَ عنه من الجنايةِ (فيعتبر)[٣] كمالُ النصابِ في حقِّ كلٍّ واحدٍ منهم.

قال: (ولو حكمَ به فملكَ المسروقَ أو قطعَ فعادَ فسرقها وهي هي لم نقطعه[٤]).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا حكمَ القاضي على السارقِ بالقطع في سرقةِ عينٍ فملكَ المسروقَ إما بالهبةِ والتسليم وإما بالبيع ٱمتنعَ القطعُ عندنا[٥].

وقال زفر والشافعي[٦] رحمهما الله: يُقطعُ. وهٰذِه روايةٌ عن أبي يوسف[٧] رحمه الله؛ لأنَّ السرقةَ ٱنعقدت موجبةً للقطع وظهرتْ عند القاضي

و«درر الحكام» ٢/ ٧٨-٧٩.

(١) «التفريع» ٢/ ٢٢٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٢٧، و«بداية المجتهد» ٢/ ٧٩٧-٧٩٨، «الهداية» ٢/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧١، و«المبسوط» ٩/ ١٨٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٣، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٩.

(٣) في (ب): (فتعين).

(٤) في (أ): (نقطع).

(٥) «الهداية» ٢/ ٤١٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٠.

(٦) «الأم» ٦/ ١٤٨، و«المهذب» ٢/ ٢٨٣، و«حلية العلماء» ٨/ ٧١، و«تكملة المجموع» ٢١/ ٣٨٤، ٤١٣.

(٧) «المبسوط» ٩/ ١٨٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٣، و«الهداية» ٢/ ٤١٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٧.

وحكمَ بها. وهٰذا العارضُ ليس مما تقومُ به شبهةٌ؛ لأنَّ الملكَ إذا تبيَّن أنه قائمٌ وقتَ السرقةِ كان شبهةً، وههنا الملكُ حادثٌ بسببٍ حادثٍ بعد الحكمِ.

وله[١]: أنَّ الإمضاءَ من القضاءِ في باب الحدودِ لما مرَّ فيشترطُ قيامُ الخصومةِ وقتَ الٱستيفاءِ تقديرًا (وقد ٱنتقضتْ بالهبةِ من السارقِ فلم يمكن القولُ ببقاءِ الخصومةِ وقتَ الٱستيفاءِ تقديرًا)[٢][٣].

المسألة الثانيةُ: إذا قُطعَ السارقُ في غيرِ سرقتِها وهي قائمةٌ فردتْ إلىٰ مالِكها ثم عادَ فسرقها وهي بحالِها لم يقطعْ، واحترزَ بقولِهِ: (وهي هي بحالِها) عمَّا إذا تغيرتِ العينُ بأنْ كان المسروقُ غزلًا مثلًا فقطعَ ثم رُدَّ على المالكِ فنسج فعادَ فسرقَهُ قطعَ لتبدُّلِ العين، ولهٰذا يملكُهُ الغاصبُ بالنسج، وهو علامةُ التبدلِ في كلِّ محلٍّ.

وقال الشافعي[٤] رحمه الله وهو روايةٌ عن أبي يوسف[٥] رحمه الله وهو القياسُ: يقطعُ؛ لقولِهِ ﷺ: «**فإنْ عاد فاقطعُوهُ**»[٦] من غيرِ فصلٍ بين تبدُّلِ العينِ وعدِمِهِ ولأنَّ هٰذِه السرقةَ ٱنعقدت موجبةً للقطع كالسرقةِ الأولىٰ بل أكملُ باعتبارِ تقدُّمِ الزاجرِ، وصار كما إذا باعَهُ المالكُ من السارقِ ثم ٱشتراه منه ثم سرقَهُ[٥].

---

(١) في (ب): (ولنا). (٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٨٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٣، و«الهداية» ٢/ ٤١٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٧.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٧٣، و«غاية البيان» ص٣٠١.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٧١، و«المبسوط» ٩/ ١٦٥، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٣.

(٦) سبق تخريجه.

ولنا[١]: أنَّ القطعَ أوجبَ سقوطَ عصمةِ (المال)[٢] لما تقدمَ، وبالردِّ إن عادت العصمةُ حقيقةً فقد بقيتْ شبهةً للسقوطِ؛ نظرًا إلى ٱتحادِ الملكِ والمحلِّ، وقيامِ الموجبِ وهو القطعُ فيه؛ بخلافِ ما ٱستشهدَ به /١١٩ب/ لاختلاف الملكِ باختلافِ سببِهِ، وبخلاف ما إذا تبدلتِ العينُ لانتفاءِ الشبهةِ الناشئة عن ٱتحادِ المحلِّ والقطعِ فيه، فوجبَ القطعُ ثانيًا.

قال: (ولو ٱدَّعىٰ ملكيتها لم يقطع).

إذا ٱدَّعى السارقُ أنَّ العينَ المسروقةَ ملكهُ لم يقطعْ وإن لم يقمْ بينةً. وقد نُقِلَ عن الشافعي[٣] رحمه الله أنه يقطعُ.

والمذكورُ في «الوجيز»[٤]: ولو قال السارقُ: سرقتُ ملكي سقطَ القطعُ لمجردِ دعواه على النصِّ؛ لأنه صارَ خصمًا في المالِ، فكيفَ يقطعُ بحلفِ غيرِهِ؛ ولأنَّ دعواه محتملةٌ للصدقِ فقامتِ الشبهةُ دارئةً للحدِّ[٥].

قال: (ولو صبغَهُ أحمرَ لم يؤخذْ منه ولم يضمنْهُ، وأفتىٰ بأخذِهِ مع ضمانِ الزيادةِ له، أو أسودَ فللمالكِ أخذُهُ مجانًا ويمنعُهُ وجعله كالأحمر).

هاتان مسألتان:

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٦٥-١٦٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٣.

(٢) في (ب): (المالية).

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨٢، و«التنبيه» ص٢٤٦، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٠-٣٣١.

(٤) «الوجيز» ٢/ ١٧٢.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٤٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٠.

الأولىٰ: إذا سرقَ ثوبًا فصبغهُ أحمرَ لم يؤخذْ منه الثوبُ ولم يضمنْهُ عند أبي حنيفةَ[١] وأبي يوسف[١] رحمهما الله.

وقال محمد[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يؤخذُ منه ويعطىٰ ما زادَ الصبغُ فيه ٱعتبارًا بالغصبِ. والجامعُ بينهما كونُ الثوبِ أصلًا والصبغ تابعًا.

ولهما[١]: أنَّ الصبغَ موجودٌ صورةً ومعنىٰ بدليلِ أنَّه لو أرادَ أخذَهُ فلابدَّ من ضمانِ مازادَ الصبغُ فيه، وحقُّ المالكِ في الثوبِ قائمٌ صورةً لا معنىٰ؛ لأنه غيرُ مضمونٍ على السارقِ بتقديرِ الهلاكِ فرجحنا جانبَ السارقِ؛ ولأنَّ الترجيحَ بالوجودِ ترجيح ذاتيٌّ وبالأصالةِ والتبعيةِ ترجيحٌ حاليٌّ، والذاتيُّ مقدمٌ على الحاليِّ لكونه أسبقَ.

والمسألة الثانية: إذا صبغَهُ أسودَ فإنَّ الثوبَ يؤخذُ منه علىٰ قول أبي حنيفة[١] ومحمد[١] رحمهما الله إلَّا أنَّ عند أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يؤخذُ مجانًا؛ لأنَّ السوادَ نقصانٌ عنده علىٰ ما مرَّ الكلامُ فيه في الغصبِ، وعند محمد[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ وإن كان زيادةً إلَّا أنه لا ينقطعُ حقُّ المالكِ، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو والأحمرُ سواءٌ في أنه لا يؤخذُ منه؛ لأنَّه زيادةٌ عنده وقد ترجَّحَ جانبُ السارقِ بما ذكرناهُ في الحمرةِ.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٧٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٢-٤٢٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٤-٢٣٥.

فصل:

فيما يقطعُ في سرقتِهِ وما لا يقطعُ وفي الحرزِ

قال: (ولا يقطعُ في المباحةِ الأصلِ والمتعرضةِ للفسادِ).

الثمارُ الرطبةُ لا يقطعُ في سرقتِها وكذلك ما كان مباحَ الأصلِ كالحطبِ والحشيشِ والقصبِ والسمكِ والطيرِ والصيدِ والزرنيخِ[(١)] والمغرةِ[(٢)] والنورةِ[(٣)] ، وكذلك ما كان متعرضًا للفسادِ كاللبنِ واللحمِ والمرقةِ ونحو ذلك[(٤)]، خلافًا للشافعيِّ[(٥)] رحمه الله في الثلاثةِ، وإثباتُ الخلافِ في الأخريينِ من الزوائدِ.

له أنَّ السرقةَ تمتْ لكمالِ الماليةِ والغرةِ وتعلقِ المصالحِ بها؛ ولهٰذا صلحتْ هٰذِه الأشياءُ صداقًا، وفيما يتسارعُ إليه الفسادُ، وقد وجدتِ السرقةُ علىٰ وجهِ الكمالِ في الحالِ، وكمالُ الماليةِ إنما يعتبرُ حالَ السرقةِ لا في ثاني الحالِ، وتوهمُ الفسادِ في ثاني الحالِ لا يقدحُ في كمالِ الماليةِ، إذ التفاوتُ حالَ البقاءِ غيرُ معتبرٍ.

---

(١) الزرنيخ: حجر كثير الألوان، يخلط بالكلس فيحلق الشعر. له مركبات سامة. «معجم لغة الفقهاء» ص ٢٠٧ مادة زرنيخ، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٩٣ مادة زرنيخ.

(٢) المغرة: تراب أحمر يصبغ به قديمًا وهو المشق. «الصحاح» ص٩٩٥ مادة مفر، و«معجم لغة الفقهاء» ص ٤٠١ ، ٤١٣ مادة مشق ومادة مغرة.

(٣) النورة: حجر الكلس ثم غلبت علىٰ أخلاط تضاف إليه من زرنيخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر. «المصباح المنير» ص٣٧٤ مادة نور، و«القاموس المحيط» ص٤٤٠ مادة نور.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٥٣-١٥٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٩-١١١، و«الهداية» ٢/ ٤١٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٦-٣٤٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.

(٥) «الأم» ٦/ ١٣٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٥٢، ٦٧، و«غاية البيان» ص٣٠١.

ولنا[١]: في المباحِ الأصلِ أنَّ التفاهة وهي الاستحقارُ وقلَّةُ الخطرِ في النفوسِ موجبةٌ لعلةِ الخطرِ في هٰذِه الأعيانِ فالتحقتْ بما دون النصابِ.

ألا ترىٰ أنه مما لا يبالغُ في إحرازِهِ، ولا يقال: عدمُ المبالغةِ ناشئٌ عن كثرتِهِ في نفسِهِ لا عن معنىٰ راجعٍ إلىٰ ذاتِهِ؛ لأنَّا نقول: هٰذا علةُ قلَّةِ الخطرِ، وزوالُ الخطرِ عن العينِ تارةً يكون لقلةِ ذلك الشيءِ في نفسِهِ كما دون النصابِ، وتارةً يكونُ لكثرةِ وجودِهِ وحقارتِهِ في الطباعِ.

ولنا: فيما يتسارعُ إليه الفسادُ أنَّ الماليةَ فيه قاصرةٌ، والادخارُ لحاجةِ الوقتِ دون ثاني الحالِ، وكمالُ الماليةِ ينبني علىٰ وفورِ الرغبةِ في صلاحيةِ المحرزِ للمال وثاني الحالِ، فقامتِ الشبهة الدارئةُ للحدِّ، والثمارُ الرطبةُ في معناهما. وقد قال ﷺ: «**لا قطعَ في الثمارِ، وفيما أواهُ الجرينُ ففيه القطعُ**»[٢]، والجرينُ: الموضعُ الذي تجمعُ فيه الثمارُ إذا صرمتْ وإنما يجمعُ في العادةِ في الجرين ما يبس[٣] من الثمارِ[٤].

قال: (ولا قطعَ فيما يتأول فيه الإنكارُ).

ذكر أصلًا استغنىٰ عن تعدادِ الفروعِ، وهٰذا كما إذا سرقَ الأشربةَ المطربةَ أو آلاتِ اللهوِ والطربِ من الطبلِ والدفِّ والمزمار والبربطِ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٥٣-١٥٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٩-١١١، و«الهداية» ٢/ ٤١٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٦-٣٤٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٦٢: غريب بهٰذا اللفظ، ورواه بمعناه أبو داود (٤٣٩٠) وابن ماجه (٢٥٩٦) من حديث عمرو بن العاص.

(٣) في (ب): (يبين).

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٥٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٩-١١١، و«الهداية» ٢/ ٤١٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٦-٣٤٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.

والطنبورِ والنردِ والشطرنجِ والصليبِ من الذهبِ؛ لأنَّ السارقَ لهٰذِه الأشياءِ إذا قال: سرقتُها لإراقتِها وكسرها صدِّقَ بل هو ظاهرُ حالِ المسلمِ في السعي في النهيِ عن المنكرِ[١].

وعن أبي يوسف[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ صليبَ الذهبِ إذا كان في المصلَّي فلا قطع فيه؛ لعدمِ الحرزِ، وإن كان في بيتٍ آخرَ قطعُ؛ لكمالِ الماليةِ فيه والحرزِ، ولو سرقَ دراهمَ عليها صورٌ وتماثيلُ قطعَ؛ لأنَّها لا تعدُّ للعبادةِ فلا يتوجهُ تأويلُ الكسرِ /١٢٠أ/ ولأنَّ في الأشربةِ ما ليس بمالٍ ولا متقومٍ، وفي ماليةِ بعضِها وتقومِهِ خلافٌ فيورثُ ذلك شبهةَ عدمِ الماليةِ أصلًا[٣].

قال: (ولا في دفاترِ غير الحسابِ).

لأنَّ السارقَ لها يتأولُ القراءةَ وما فيها هو المقصودُ بخلافِ دفاترِ الحسابِ؛ لأنَّه لا يقصدَ ما فيها فكان المقصودُ كاغدَها[٤] فيقطعُ إذا بلغتْ قيمتُهُ نصابًا، ولو سرقَ الكواغدَ والجلودَ قبلَ الكتابةِ قطعَ[٥]، وفي كتبِ الأدبِ روايتانِ[٦].

(١) «المبسوط» ٩/ ١٥٤، و«الهداية» ٢/ ٤١٠-٤١١، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٦-٣٤٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.
(٢) «الهداية» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩٢.
(٣) «الهداية» ٢/ ٤١٠-٤١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩٢
(٤) الكاغد -القرطاس- فارس معرب «القاموس المحيط» ص٢٨٥ مادة كغد .
(٥) «بدائع الصنائع» ٧/ ١١٠، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٩، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.
(٦) «فتح القدير» ٥/ ٣٧١، و«البحر الرائق» ٥/ ٥٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٧١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦١٨.

قال: (ويأمرُ به في صبيٍّ حرٍّ عليه حلَيٌّ ومصحفٍ محلىٰ، وينهىٰ عنه في عبدٍ صغيرٍ ككبيرٍ).

هٰذه مسائلُ:

الأولىٰ: قال أبو يوسفَ[(١)] رحمه الله: إذا سرقَ سارقٌ صبيًّا حرًّا وعليه حليٌّ يبلغُ نصابًا يقطعُ.

وعنه[(٢)]: أنَّه لا يقطعُ كقولِهما.

له: أنَّ الحليَّ منفردٌ بنفسِهِ يوجِبُ سرقتَهُ وحدُّهُ القطعُ، فكذا إذا سرقَهُ مع غيرِهِ.

ولهما[(٣)]: أنَّ المسروقَ وهو الصبيُّ أصلٌ وما عليه من الحليِّ تبعٌ له، فإذا امتنعَ القطع عن الأصلِ فأولىٰ أنْ يمتنعَ عن التبع.

الثانية: إذا سرقَ مصحفًا عليه حليةٌ تبلغُ نصابًا فعن أبي يوسف[(٤)] رحمه الله روايتانِ إحداهما: أنَّه يقطعُ. والأخرىٰ كقولهما[(٥)]. والعلةُ ما مرتْ من الطرفينِ، ولأنَّه يتأولُ في المصحفِ القراءةُ؛ ولأنَّ الإحرازَ لأجلِ المكتوبِ ولا مالية للمكتوبِ، وما وراءَه من الكاغد والجلدِ والحليةِ فتبعٌ لا عبرةَ له من حيث هو تابعٌ، وكذلك يتأولُ في سرقةِ الصبيِّ حفظَهُ من الهلاكِ وردُّهُ إلىٰ أهله، ولو كان قصدُهُ الحليَّ لأخذَهُ وحدَهُ. وعلىٰ

(١) «المبسوط» ٩/ ١٦١، و«الهداية» ٢/ ٤١، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٣، و«المبسوط» ٩/ ١٦١، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٧١، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٦١، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٥٣، و«الهداية» ٢/ ٤١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٩٣.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٥٢، و«الهداية» ٢/ ٤١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٨٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.

هٰذا لو سرقَ كلبًا عليه قلائدُ فضةٍ؛ لكونها تابعةً له، والأصلُ لا قطعَ فيه. فكذا في التبعِ، والأصلُ[(١)] أنَّهُ متى ٱجتمعَ دليلانِ أحدُهما يقتضي القطعَ والأخرُ ينفيهِ فإن ذلكَ يورثُ شبهةً دارئةً للحدِّ، ومثالُ ذلك إذا سرقَ ماءَ وردٍ أو شرابًا في إناءٍ ذهبٍ أو فضةٍ لم يقطعْ، فلو شربَ الماءَ في الدارِ وأخرجَ الإناءَ من الدار فارغًا قطعَ؛ لأنَّ (المقصودَ)[(٢)] حينئذٍ هو الإناءُ، رواه (هاشم)[(٣)] عن محمدٍ[(٤)] رَحِمَهُ اللَّهُ.

الثالثة: إذا سرقَ عبدًا صغيرًا فعند أبي يوسف[(٥)] رَحِمَهُ اللَّهُ لا قطعَ فيه كما لا قطعَ في العبدِ الكبير، وعندهما[(٦)] في الصغيرِ القطعُ، ولا قطعَ في الكبيرِ. وحدُّ الصغيرِ أن لا يعبِّرَ عن نفسِهِ ولا يعقلَ. ووجه قولِهِ -وهو الاستحسانُ- في أنَّه آدميٌّ من وجهٍ ومالٌ من وجهٍ فأورث ذلك شبهةً كما إذا سرقَ الكبير[(٦)].

ولهما[(٧)]: أنَّه مالٌ مطلقٌ ينتفعُ به في الحالِ بيعًا وفي المآلِ ٱستخدامًا إلَّا أنَّه ٱنضم إليه معنى الآدميةِ، فلم يوجب ذلك نقصانًا في الماليةِ، فلم يورثْ شبهةً بخلافِ الكبيرِ؛ لأنَّ أخذَهُ إما بواسطةِ الخداعِ أو الغصبِ،

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٥٥، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«اللباب» ٣/ ٢٠٣.

(٢) في (ج): (المغصوب).

(٣) في (ب): (هشام).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤١١ «تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٦.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٦٣، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧.

(٦) «المبسوط» ٩/ ١٦٢، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٧) «المبسوط» ٩/ ١٦٢-١٦٣، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧.

فلم تكن سرقةً لسبق يدِهِ علىٰ نفسِهِ، ولو كان الصغيرُ يتكلمُ أو يمشي فهوُ والبالغُ سواء؛ لأنَّه سبقتْ يدُهُ علىٰ نفسِهِ، فلم تعتبرْ يدُ السارقِ، (والسرقةُ)[1] إثباتُ اليد على المسروقِ.

قال: (ويقطعُ في الساجِ والأبنوسِ والقنا والصندلِ والعودِ والياقوتِ والفصوصِ).

لأنَّ هٰذِه الأشياءَ عزيزةٌ مرغوبٌ فيها ولا يوجدُ جنسُها مباحًا في دار الإسلامِ بصورتِها فصارتْ كالنقدينِ والأحكامُ الثلاثةُ الأخيرةُ زوائدُ[2].

قال: (وما ٱتُّخذ من الخشبِ).

إذا ٱتُّخذ من الخشبِ أوانٍ وآلاتٌ وأبوابٌ قطعَ في سرقتِها؛ لأنَّها التحقتْ بالأموالِ النفيسةِ بواسطةِ الصنعةِ، فإنها تحرزُ[3] بخلافِ الحصيرِ؛ لأنَّ الصنعةَ ليستْ بغالبةٍ على الجنسِ، ألا ترىٰ أنَّها تبسطُ في غير الحرزِ، وقيل: يجبُ القطعُ بسرقةِ الحصيرِ البغداديةِ لغلبةِ الصنعةِ على الأصلِ، وهٰذا فيما يخفُّ حملهُ منها بحيثُ يستطيعُ الواحدُ نقلُهُ. أما إذا كان ثقيلًا لا يستقلُّ الواحدُ به لا يقطعُ بأخذِهِ؛ لقلةِ الرغبةِ فيه[4].

---

(١) في (ج): (والسارق).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٨١، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٨، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٥٣، و«الهداية» ٢/ ٤١٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٨، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤١٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٩-٢٢٠، و«البحر الرائق» ٥/ ٦١.

قال: (لا في كلبٍ وفهدٍ).

لأنَّ حبسَهُما مباحٌ ولا تكثرُ الرغباتُ في ٱقتنائِهِ؛ ولأنَّ الخلافَ في ماليةِ الكلبِ يورثُ شبهةً[1].

قال: (وانتهابٍ واختلاسٍ وخيانةٍ).

لقوله ﷺ: « **لا قطعَ علىٰ خائنٍ ولا منتهبٍ ولا مختلسٍ** »[2].

وسئل عليٌّ ؓ عن المختلس والمنتهبِ فقال: تلك دعابةٌ لا شيءَ فيها. ولأنَّ ٱسمَ السارقِ لا يتناولُهُ فلا يدخلُ تحتَ النصِّ ولقصورِ الحرزِ في حقِّ الخائنِ؛ لكونِ المالِ غيرَ محرزٍ عنه، والمنتهبُ والمختلسُ مجاهرانِ فلا يكونا سارقَيْنِ[3].

قال: (ومن بيتِ المالِ والمغنمِ والمشتركِ).

أما السرقةُ من بيتِ المالِ فلا توجبُ القطعَ؛ لأنَّ المالَ للعامةِ والسارقُ أحدهم فكان له فيه نصيبٌ، وكذلك السرقة من المغنمِ ومن المالِ المشتركِ بين السارقِ وبين المسروقِ منه، فتحققتِ الشبهةُ باعتبارِ أنَّه أخذٌ لمالِهِ من وجهٍ[4].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٥٤-١٥٥، و«الهداية» ٢/ ٤١١، و«درر الحكام» ٢/ ٨٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٢) رواه أبو داود (٤٣٩١)، والترمذي (١٤٤٨)، والنسائي ٨/ ٨٨، وابن ماجه (٢٥٩١) من حديث جابر بن عبد الله. وقال الترمذي: حسن صحيح.
وصححه الألباني في «صحيح الترمذي» (١١٧٥).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤١٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦١٨، و«اللباب» ٣/ ٢٠٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٠، و«المبسوط» ٩/ ١٨٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٠.

قال: (وأصولِهِ وفروعِه).

إذا سرقَ من أبيهِ أو أمِّهِ أو جدِّهِ أو جدَّتِه أو سرقَ الوالدُ من ولدِه /١٢٠ب/ أو ولدِ ولدِهِ فلا قطعَ للانبساطِ الجاري بينهمُ في المالِ والحرزِ[١]، ولو سرقَ من أمِّهِ من الرضاعِ قُطِعَ[٢]، وعن أبي يوسف[٣] رحمه الله: أنَّه لا يقطعُ؛ لأنَّه يدخلُ عليها بغيرِ ٱستئذان واحتشامٍ بخلافِ الأختِ من الرضاعةِ؛ لعدمِ هٰذا المعنىٰ فيها عادةً لموضعِ التهمةِ من حيثُ عدمِ الاْشتهارِ بخلافِ الأمِّ رضاعًا.

ووجهُ الظاهرِ أنَّ المحرميةَ بدون القرابةِ غيرُ (محترمةٍ)[٤]. ألا ترىٰ أنها تثبتُ بالزنا وبالمسِّ عن شهوةٍ؛ ولأنَّ الرضاعَ قلَّما يشتهرُ ولا يعقبُ الأنبساط تحرزًا عن التهمةِ بخلافِ النسبِ[٣].

قال: (ونطردُهُ في ذي الرحمِ المحرمِ وأحدِ الزوجينِ من الآخرِ (قالوا)[٥] ولو كان محرزًا عنه).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا سرقَ من ذي رحمٍ محرمٍ منه لم يقطعْ (عندنا[٦])[٧].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٨٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٩، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٧٠، و«فتح القدير» ٥/ ٢٨٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠.

(٤) في (ج): (محرَّمة)، وفي (ب): (قرابة).

(٥) من (ج).

(٦) «المبسوط» ٩/ ١٨٨-١٨٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٥.

(٧) من (ب).

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: يقطعُ بالسرقةِ منه لإطلاقِ النصِّ فصارَ كالصديقِ يسرقُ من صديقِهِ بخلافِ قرابةِ الولادِ للمباسطةِ في المالِ والحرزِ.

ولنا[٢]: أنه مأذونٌ شرعًا في دخولِ الحرز، ولهٰذا أبيحَ[٣] له النظرُ إلىٰ مواضعِ الزينةِ الظاهرةِ من ذواتِ المحارمِ بخلاف الصديقِ؛ لأنَّه عاداهُ بالسرقةِ منه[٤].

الثانية: إذا سرقَ أحدُ الزوجين من الآخرِ فلا قطعَ عندنا[٥]، وفي مذهبِ الشافعي[٦] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خلاف أنَّ من يستحقُّ النفقةَ على المسروقِ منه بالبعضيةِ[٧] أنه لا يقطعُ، وفي الزوجية خلافٌ، فإذا قيل: تقطع الزوجةُ (يقطعُ الزوجُ، وإن قيل: لا تقطعُ الزوجة[٨])[٩] ففي قطع الزوجِ قولانِ لما بينهما من الاتحادِ العرفيِّ)[١٠] وإن قيل: لا تقطع بالزوجيةِ

---

(١) «الأم» ٦/ ١٥١، و«حلية العلماء» ٨/ ٦٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٥، و«تكملة تكلمة المجموع» ٢١/ ٤٠٦.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٨٨-١٨٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠.

(٣) في (ب): (صحَّ).

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٨٨-١٨٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٩٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٢١-١٢٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٥.

(٦) «المهذب» ٢/ ٢٨٢-٢٨٣، و«الوجيز» ٢/ ١٧٣، و«حلية العلماء» ٨/ ٦٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٥.

(٧) في (ب): (بالغصب).

(٨) في (ب، ج): (بالزوجية).

(٩) ساقطة من (ج).

(١٠) ساقطة من (ب).

ففي (قطع)[١] الزوجِ قولانِ، ولا خلافَ في مذهبِهِ أن ولدَ الزوجِ يقطعُ إذ[٢] يقطعُ ولدُ الأبِ وهو الأخُ. ووجهُ القطع إطلاقُ النص.

ولنا: أنَّ الأنبساطَ بين الأزواجِ في الحرزِ والمالِ جارٍ عادةً فتحققتِ الشبهةُ الدارئةُ للحدِّ، ومذهبُ مالكٍ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ المالَ إذا كان محرزًا ممنوعًا عنه فسرقتُهُ موجبةٌ للقطع؛ لأنَّ الحرزَ والمنعَ لا يتحققُ معه تأويلٌ في الدخولِ والأخذِ، فكانت سرقةً محضةً بلا شبهةٍ فيثبتُ موجبُها.

ولنا: أنَّ للتأويلِ مساغًا أستنادًا إلىٰ ما أطلقَهُ العرفُ من الأنبساطِ بين الأزواجِ في الأموالِ والحرزِ؛ ولهٰذا لا تقبلُ شهادةُ أحدِهما للآخرِ عندنا لموضِع التهمةِ الناشئةِ عن هٰذِه الشبهةِ[٤].

قال: (والسارقُ من بيتِ ختنِهِ أو صهرِه لا يقطعُ، والمؤجرُ من البيتِ المستأجَرِ يقطعُ).

هاتان مسألتانِ:

إِحداهما: إذا سرقَ من بيتِ ختنِهِ وهو زوجُ كلِّ ذي رحمٍ محرمٍ منه، أو من بيتِ صهرِهِ وهو كلُّ ذي رحمٍ محرمٍ من أمرأتِهِ لا يقطعُ عند أبي عند أبي حنيفة[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في الأصل: (عبد).

(٢) في (ب): (أو).

(٣) «المدونة» ٤/٤١٨، و«التفريع» ٢/ ٢٣٠، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٠٣، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٣٢٩-٣٣٠.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٩٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٢١-١٢٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠، و«اللباب» ٣/ ٢٠٥.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٨٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٠، و«فتح القدير» ٥/ ٣٨٠-٣٨١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠.

وقالا[١]: يقطعُ.

والثانية: إذا سرقَ المؤجرُ مالًا من المستأجِرِ من البيتِ الذي أجرَ قطعَ عند أبي حنيفة[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا[١]: لا يقطع.

لهما: في الأولىٰ أنه لا خللَ في الحرزِ ولا في المالِ فيجب.

وله: أن العادة جارية بدخول الرجل دور أختانه وأصهاره؛ ولهٰذا يباحُ له النظرُ إلىٰ زوجاتِ هٰؤلاء وتكثرُ منه زيارتهن عادة، فيثبتُ الإذنُ حقيقةً أو شبهةً.

ولهما: في الثانية أن المؤجرَ له أن يدخلَ دارَهُ التي أجَّرها[٣] للمرمَّةِ والإصلاح أو للنظرِ إلىٰ ما أصلحَ منها فثبت له الإذنُ فلا يقطعُ.

وله: أن الدارَ المستأجرة كالمملوكةِ للمستأجرِ في حقِّ المنفعةِ، ألا ترىٰ أنَّ عقدَ الإجارةِ لا يمكن تصحيحُهُ مضافًا إلى المنفعةِ نفسِها؛ لأنَّها عرضٌ لا يبقىٰ فأقيمت العينُ مقامَها في أنها تصيرُ كالمملوكةِ له، فيكونُ حصولُ المنفعةِ علىٰ ملكِهِ، وهٰذا هو طريقُ تصحيحِ الإجارةِ من المستأجرِ الأولِ وكذا من الثاني والثالثِ، فيتبقَّى الخللُ الواقعُ في الحرزِ وليس في المالِ شبهةٌ، فيجب القطعُ، وأما الدخولُ للمرمَّةِ والإصلاحِ فمختصٌّ بما إذا أذنَ له المستأجرُ صريحًا.

قال: (ولا قطعَ على السارقِ من غريمهِ مثلَ حقِّه مطلقًا).

إذا سرقَ الرجلُ من غريمهِ مثل حقِّه الذي له عليه لم يقطعْ؛ لأنَّه

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٨٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٣، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٠.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٧٩-١٨٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٢٠-١٢١.

(٣) في الأصل: (آجر).

مستوفٍ حقَّه، ومعنىٰ قوله: (مطلقًا) أي مؤجَّلًا كان الحقُّ أو حالًّا؛ لأن الحقَّ ثابتٌ علىٰ كلِّ تقديرٍ، والتأجيلُ لتأخير المطالبةِ، ويدخلُ في الإطلاقِ ما إذا سرقَ بأكثرَ من (قدر)[1] حقه؛ لأنَّه يصيرُ شريكًا بقدر حقِّهِ فيما سرقَ، ولا قطعَ في سرقةِ المالِ المشتركِ، ويدخلُ في الإطلاقِ ما إذا سرقَ أجودَ من حقهِ أو أردأ منه؛ لاتحادِ الجنس، وإنَّما قال[2]: (مثل حقِّه) ٱحترازًا عمَّا إذا سرقَ خلافَ جنسِ ما لهُ عليه كما إذا كانَ له دراهمُ فسرقَ عروضًا؛ لأنَّه ليس له ولايةُ الاْستيفاءِ منه إلَّا بواسطةِ البيع بالتراضي.

وعن أبي يوسف[3] رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه لا يقطعُ نظرًا إلى الاْختلافِ في جوازِ أخذِهِ قضاءً عن حقِّهِ أو رهنًا به عند بعضِهم، وإثارةُ الخلافِ شبهةٌ دارئةٌ للحدِّ، إلَّا أنَّ الجوابَ أنَّ ذلك القولَ /١٢١أ/ لم يستندْ إلىٰ دليلٍ ظاهرٍ فلم يعتبرْ بنفسِهِ، حتىٰ إذا ٱدَّعى السارقُ أنَّه سرقَ لذلك صدِّقَ؛ لأنَّها دعوىٰ في موضعِ الخلافِ، ولو كان له دراهمُ فسرقَ دنانيرَ قيل: يقطعُ؛ لأنَّه ليس له حقُّ الاْستيفاءِ من خلافِ الجنسِ. وقيل: لا يقطعُ نظرًا إلى ٱتحادِ الجنسِ من حيثُ يشملُهما النقدُ. وهٰذِه المسألةُ زائدةٌ[3].

قال: (ولا من سيدِهِ أو ٱمرأةِ سيدهِ أو زوجِ سيدتِهِ ولا من مكاتبِهِ).

إذا سرقَ العبدُ من سيدِهِ أو (من)[1] ٱمرأة سيدهِ أو من زوجِ سيدتِهِ فلا يقطعُ؛ لأنه مأذون له في الدخولِ عادةً فتمكنتِ الشبهةُ في الحرزِ.

---

(١) من (ب، ج).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٧٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٨.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤١٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦١٨.

وأما المولىٰ إذا سرقَ من مكاتبِهِ لا يقطعُ؛ لأنَّ له حقًّا في أكسابِ مكاتبِهِ، وكذلك لو سرقَ المكاتبُ من مولاه لتنزلِهِ منزلةَ العبدِ[١].

قال: (ومضيفِهِ).

لا يقطعُ الضيفُ إذا سرقَ من بيتِ مَنْ أضافَهُ؛ لأنَّه أذنَ له في دخولِ (بيتِهِ فلم يبقْ حرزًا في حقِّه، فكان فعلُهُ خيانةً لا سرقةً ولا قطعَ على الخائنِ[٢].

قال: (وبيتٍ مأذونٍ في دخولِهِ)[٣] وحمامٍ نهارًا).

البيتُ المأذونُ في دخولِهِ لا يقطعُ بالسرقةِ منه كالحاناتِ وحوانيتِ التجارِ إذا كانت السرقةُ نهارًا، فلو سرقَ منها أو من الحمَّامِ ليلًا قطعَ؛ لأنه وإن أذِنَ في دخولِهِ، لكن الإذنَ مختصٌ بالنهارِ فيكون حرزًا تامًّا بالليلِ؛ لأنها مبنيةٌ للحفظِ، وما جرتْ العادةُ بدخولِهِ في بعضِ الليلِ ملحقٌ بالنهارِ لحصولِ الإذنِ، فإنَّ خللَ الحرزِ دائرٌ مع الإذنِ[٤].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤١٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٢، و«اللباب» ٣/ ٢٠٥.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٧٩، و«فتح القدير» ٥/ ٣٨٧، و«درر الحكام» ٢/ ٨١، و«اللباب» ٣/ ٢٠٧.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤١٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢١، و«اللباب» ٣/ ٢٠٦.

قال: (ويقطعُ فيما أحرزَ بالحافظِ لمجردِ أخذِهِ ولو من مسجدٍ مستيقظًا كان أو نائمًا وفي المحرزِ بالمكانِ بإخراجه والحفظُ في الحمامِ معتبرٌ، وظاهرُ المذهبِ إهدارُهُ كما أفتىٰ به).

الحرزُ علىٰ ضربين حرزٌ بالمكان وحرزٌ بالحافظِ، ولابدَّ من ٱعتبارِ الحرزِ في السرقةِ؛ لأنَّ الٱستسرارَ لا يتحقَّقُ دونهُ، فالحرزُ بالمكانِ ما يعد لإحراز الأمتعةِ فيه كالدورِ والبيوتِ والصندوقِ والحانوتِ. والحرزُ بالحافظِ، كمن جلسَ في الصحراءِ أو في المسجدِ أو في الطريقِ ومعه متاع يحفظهُ، وسواء كان مستيقظًا أو نائمًا أو كان المتاعُ عنده بحضرته أو تحتَهُ هو الصحيحُ؛ أما إذا كان مستيقظًا فظاهرٌ، وأما إذا كان نائمًا فلأنه ﷺ قطعَ سارقَ رداءِ صفوانَ من تحتِ رأسِهِ وهو نائمٌ في المسجدِ؛ ولأنه (يعدَّ)[1] حافظًا عادةً سواء كان المتاعُ تحتَهُ أو عندَهُ، وعلىٰ هٰذا لا يضمنُ المودعُ والمستعيرُ إذا حفظا المتاعَ بمثلِ هٰذا الحفظِ، بخلاف ما ٱختارهُ في الفتاوىٰ، ذكرهُ صاحبُ «الهدايةِ»[2].

ثم الحرزُ بالحافظِ إنَّما يعتبرُ إذا عُدِمَ الحرزُ بالمكانِ؛ لأنَّ الحرزَ بالمكانِ فوقَ الحرزِ بالحافظِ؛ لأنَّ الحرزَ ما يمنعُ وصولَ اليد إلى المال. وهٰذا مشتركٌ بين الحرزينِ، ويزيدُ عليه الحرزُ بالمكانِ بأنَّ المالَ به يصيرُ مصونًا محصنًا، ولا يصيرُ كذلك بالحافظِ فكان دونَهُ فينزلُ منه منزلةَ البدلِ (والخلفِ)[3] من الأصلِ، ثم الحرزُ بالحافظِ بثلثِ السرقةِ

---

(١) رواه الشافعىٰ (١٥٠٩) وابو داود (٤٢٩٤) وابن ماجه (٢٥٩٥) وقال الحاكم صحح الأسناد. وصححه الألبانىٰ فى الأرواء (٢٣١٧) خلاصة البدر المنير.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤١٤.

(٣) في (ج): (الحذف).

لمجردِ الأخذِ لزوالِ يد الحافظِ بذلك، وما أحرزَ بالمكانِ لا يقطع السارقُ بالسرقةِ منه مالم يخرجْهُ من ذلك المكانِ؛ لقيامِ اليدِ عليه قبلَ الإخراجِ، وهٰذا[١] من الزوائد[٢].

والمسجدُ ليس بمبني لإحرازِ الأمتعةِ فكان كالصحراءِ فاعتُبرَ الحفظُ فيه[٣]، وأما الحمَّامُ فظاهرُ المذهبِ وعليه الفتوىٰ ما قاله محمد[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه لا يقطعُ منه إذا كان محرزًا بحافظٍ.

وقال أبو حنيفة[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يقطعُ اعتبارًا للحفظِ فيه وتنزيلًا للحمَّامِ منزلةَ المسجدِ والصحراءِ.

ووجهُ ظاهرِ المذهبِ أنه حرزٌ مكاني؛ لأنه مبني لحفظِ الأمتعةِ فيه كسائرِ البيوتِ، إلَّا أنَّه اختلَّ الحرزُ بسببِ الإذنِ في دخولِهِ فلم يعتبرْ الحرزُ بالحافظِ بخلافِ المسجدِ؛ لأنَّه ليس بحرزٍ أصلًا فاعْتُبِرَ فيه الإحرازُ بالحافظِ.

قال: (ويفتي بقطع النبَّاشِ).

إذا نبشَ قبرًا وأخذ الكفنَ منه قُطِعَ عند أبي يوسف[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ سواء كان القبرُ في بيتٍ مقفولٍ أو كان في الصحراءِ هو الصحيحُ.

وقال أبو حنيفة[٥] ومحمد[٥] رحمهم الله: لا يقطعُ.

---

(١) من (أ).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٥٠-١٥١، و«الهداية» ٢/ ٤١٤، و«اللباب» ٣/ ٢٠٦.

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٥١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦١٩، و«اللباب» ٣/ ٢٠٧.

(٤) «فتح القدير» ٥/ ٣٨٥، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١١٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢١.

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٥٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٠.

ومذهبُ الشافعيِّ[(١)] كمذهبِ أبي يوسف رحمهما الله في القبرِ في البيتِ المحرزِ المحروسِ. وفي مقابرِ البلادِ وجهان في مذهبِهِ، وظاهر مذهبِهِ أنه لا قطعَ في نبشِ قبرٍ في تربةٍ ضائعةٍ.

لهما أنَّ كمالَ الماليةِ والحرزِ ثابتٌ فيترتبُ على السرقةِ موجبهَا أما كمالُ المالية؛ فلأنَّ الأبوابَ المسروقةَ صالحةٌ لإقامةِ المصالحِ بها، وأما الحرزُ فلأنَّ القبرَ حرزٌ للميتِ ولكفنِهِ، إذ هو بيتُهُ ولأبي حنيفةَ[(٢)] ومحمدٍ[(٢)] رحمهما الله أن السرقةَ أخذُ المالِ خفيةً واستسرارًا بالحيلةِ ليتمكَّنَ من الأخذِ، وهٰذا يقتضي وجودَ حافظٍ؛ ليكون بالاختفاءِ محتالًا على التمكنِ من الأخذِ ولا حافظَ هٰهنا /١٢١ب/ والميتُ لا يصلحُ حافظًا ولا قبرُهُ؛ لأنَّه لم يوضعْ لحفظِ الكفنِ بل لحفظِ الميتِ رعايةً لحقِّهِ بإخفائِهِ عن أعين الناسِ، فكان الاختفاء[(٣)] للاستحياءِ من هٰذا الصنيعِ القبيحِ كالاختفاءِ في سائرِ الفواحشِ فلم تكملِ السرقةُ، فلم يتناولْهُ النصُّ؛ ولأنَّ الشبهةَ في الملكِ قائمةٌ؛ لأنَّه لا ملكَ للميتِ حقيقةً ولا للوارثِ؛ لتقدمِ حاجةِ الميتِ، وكذلك الشبهةُ قائمةٌ في المقصودِ من الحدِّ؛ لأنَّه شُرِعَ زاجرًا، والزجرُ يستدعي كثرةَ وقوعِ الجنايةِ، وهٰذِه نادرةُ الوجودِ[(٢)]، وما روي: من نبش قطعناه معارضٌ بقوله ﷺ: « **لا قطعَ على المختفي** » وهو النبَّاشُ في لغةِ أهلِ المدينةِ أو يحملُ على السياسةِ.

---

(١) «الأم» ٦/ ١٤٩، و«المهذب» ٢/ ٢٧٩، و«الوجيز» ٢/ ١٧٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٤٣.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٥٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٠.

(٣) في (ب): (الإخفاء).

قال: (ولو نقبَ ودخلَ وناولَ المال خارجًا لم يقطعا).

إذا نقبَ السارقُ البيتَ فدخلَ وأخذَ المتاعَ وناولَهُ آخرَ خارجَ البيتِ فلا قطعَ علىٰ واحدٍ منهما؛ لأنَّ الأولَ لم يوجدْ منه الإخراجُ لاعتراضِ يدٍ معتبرةٍ على المالِ قبل خروجِهِ من الدارِ، وأما الثاني فلم يوجدْ منه هتكُ الحرزِ فلم توجدِ السرقةُ من كلٍّ واحدٍ منهما[1].

قال: (فإن أدخلَ يدَه فتناولَ منه يأمر بقطعِهما، ويقطعُهُ لو انفردَ فنقبَ وأدخلَ يدَهُ كما لو أخذَ من الكم أو الصندوقِ).

هٰذِه ثلاث مسائل:

الأولىٰ: وهي من الزوائدِ، قال أبو يوسف[1] رَحِمَهُ اللهُ: إذا نقبَ اللصُّ البيتَ ودخلَ وأخذَ المتاعَ ومعه آخر خارجَ الدارِ، فأدخلَ يدَهُ إليه وتناولَ المتاعَ منه قُطِعَ الداخلُ والخارجُ.

وقال أبو حنيفة[1] ومحمد[1] رحمهما الله: لا يقطعان، كما لو ناولَ الداخلُ الخارجَ ولم يدخلِ الخارجُ يدَه ولا يخرج الداخلُ يدَهُ.

وعن أبي يوسف[1] رَحِمَهُ اللهُ فيما إذا أخرجَ الداخلُ يدَهُ فناولَهُ[2] الخارجُ أنه يقطعُ الداخلُ وحدُهُ.

والثانية: إذا كان اللصُّ وحدَهُ فنقبَ البيتَ، والمتاعُ قريبٌ من النقبِ[3] فأدخلَ يدَهُ وأخذَهُ.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٤٧، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٠٥-١٠٦، و«الهداية» ٢/ ٤١٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٤٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٢.

(٢) في (ج): (فتناوله).

(٣) في (ج): (بيت).

قال أبو يوسف[(١)]: يقطعُ.

وقالا[(١)]: لا يقطعُ.

والثالثة: إذا نقبَ صندوقَ الصيرفيِّ أو أدخلَ يدَهُ في كمِّ غيره فأخذَ النصابَ منه قطعَ إجماعًا، فأبو يوسف[(٢)] رَحِمَهُ اللهُ قاس تينك الصورتين علىٰ هٰذِه الصورةِ، والجامعُ أخذُ المالِ المعصومِ خفيةً من حرزٍ لا شبهةَ فيه.

ولهما[(٢)]: -وهو الفرقُ- أن هتكَ الحرزِ كاملٌ في الصندوقِ والكمِّ وقاصرٌ في البيتِ، وقصورُهُ يورثُ الشبهةَ الدارئة للحدِّ؛ لأنَّ كمالَ الهتكِ في البيتِ بالدخولِ فيه عادةً؛ لكونهِ ممكنًا فيشترطُ، وليس بممكنٍ في الكمِّ والصندوقِ فاعتبرَ إدخالُ اليدِ[(٢)].

قال: (ولو ألقاه ثم خرجَ فأخذَهُ قطعناه).

إذا نقبَ اللصُّ بيتًا ودخلَ فأخذَ المتاعَ وألقاهُ خارجَ الدارِ ثم خرج بغيرِ شيءٍ فأخذَهُ من الطريق يقطعُ[(٣)].

وقال زفرُ[(٣)] رَحِمَهُ اللهُ: لا يقطعُ؛ لأنَّ الإلقاءَ لا يكون موجبًا للقطعِ فصارَ كما لو خرجَ ولم يأخذْهُ، وأخذُهُ من الطريقِ لا يكون موجبًا للقطعِ كما لو أخذهُ غيرُهُ.

ولنا: أنَّ السُّرَّاقَ يحتالونَ بالرمي عند تعذرِ الخروجِ بالمتاعِ أو ليتفرغَ الخاطرُ للذبِّ عن نفسِهِ أو للفرارِ مخفيًّا، ولما لم تعترضْ على المتاعِ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٤٧، و«فتح القدير» ٥/ ٣٩٠، و«البحر الرائق» ٥/ ٦٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٨.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤١٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٣، و«اللباب» ٣/ ٢٠٨.

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٤٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٢-١٢٣.

المسروقِ يدٌ أخرىٰ معتبرةٌ كان الكلُّ فعلًا واحدًا حكمًا، وإنَّما لم يقطعْ إذا لم يأخذْهُ؛ لأنَّه يعدُّ مضيِّعًا لا سارقًا، وكذلك إذا أخذَهُ غيرُهُ لاعتراضِ اليدِ المعتبرةِ القاطعةِ للنسبة إليه[١].

قال: (ولو حملَهُ علىٰ دابة فساقها حتىٰ خرجتْ قطعَ).

لأنَّ سيرَ الدابة مضافٌ إليه بواسطةِ سوقها، فكان الإخراجُ من فعلِهِ حكمًا[٢].

قال: (وقطعنا جماعةً تولىٰ بعضُهم الأخذَ لا هٰذا وحدَهُ).

(إذا دخلَ جماعةٌ الحرزَ وتولَّىٰ بعضُهم أخذَ المالِ وحملَهُ.

فالقياسُ وهو قولُ زفر[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه يقطعُ الحاملُ وحده)[٤]؛ لأنَّ السرقةَ تمتْ[٥] به وحده فيترتبُ عليه موجبُها، والاستحسانُ أنْ يقطعوا جميعًا؛ لأنَّ الإخراجَ وإنْ كان من أحدِهم صورةً لكنه من الجميع معنىٰ للتعاون[٦] علىٰ ذلك كما صحَّ في قطَّاع الطريق، وهٰذا ظاهرٌ فإنَّهم معتادون أن يحمِّلوا أحدَهم المتاعَ ويتشمرَّ الباقونَ للذبِّ عنه وعنهم وحفظِ من سيقدمُ عليهم، فلو امتنعَ الحدُّ بذلك أفضىٰ إلىٰ سدِّ بابِ الحدِّ[٧].

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٤٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٢-١٢٣.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٤٨، و«الهداية» ٢/ ٤١٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٢، و«اللباب» ٣/ ٢٠٧.

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٤٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٥.

(٤) ساقطة من (ج).

(٥) في (ب): (ثبتت).

(٦) في (ج): (للتعارف).

(٧) «المبسوط» ٩/ ١٤٩، و«الهداية» ٢/ ٤١٥، و«اللباب» ٣/ ٢٠٧-٢٠٨.

قال: (ولو شقَّ الثوبَ ثم أخرجَهُ لا يقطعهُ).

السارقُ إذا شقَّ الثوبَ المسروقَ في الحرزِ ثم أخرجَه من الحرزِ، قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: لا يقطعُ؛ لانعقادِ سببِ ملكهِ في المسروقِ وهو الشقُّ فإنَّه يوجبُ الضمانِ والتملكِ[2]، فتثبتُ الشبهةُ المانعةُ عن الحدِّ.

ولهما[1]: أنَّ الشقَّ جنايةٌ مضافةٌ إلىٰ جنايةِ السرقةِ فلا يصلحُ سببًا للملكِ، لكن المالكَ إذا ٱختارَ تضمينَهُ.

قلنا[1]: ينقلبُ ما كان جنايةً سببًا للملكِ /١٢٢أ/ بطريقِ الضرورةِ فقبل ٱختيارُهُ تضمينَهُ لم ينعقدِ السببُ فلم تثبتِ الشبهةُ.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٦٤، و«الهداية» ٢/ ٤٢٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٣-٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٢٧-٦٢٨.

(٢) في (ب): (والملك)، وفي (ج): (والتمليك).

فصل في قُطَّاعِ الطريقِ

قال: (إِذَا خَرجَ جماعةٌ ممتنعونَ أو واحدٌ ممتنعٌ لقطعِ الطريق فأخِذوا حُبِسوا ليتوبوا، فإنْ أخذوا مال مسلم أو ذميٍّ، ونصيب كلٍّ نصابٌ قُطِعتْ أيديهم وأرجلهم من خلافٍ، وإن قَتلوا قُتِلوا حدًّا، ولا يُلتفتُ إلىٰ عفوِ الأولياءِ، وإن جَمعوا فالإمَامُ إنْ شاءَ جَمَعَ بَيْنَ القطع والقتل و الصلبِ، وإن شاء اكتفىٰ بالقتلِ أو الصلبِ كما قالا، ويأمر بالصلب مطلقًا في روايةٍ).

الأصلُ في هٰذا الفصلِ قولُهُ تعالىٰ: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣].

ذكر تعالىٰ أربعةَ أجزئة، والمرادُ -والله أَعْلم- توزيعُها علىٰ هٰذِه الأحوالِ الأَربعةِ المذكورة في الكتابِ؛ إذ من المحالِ أن تقابلَ الجنايةُ الغليظةُ بأخفِ العقوبات، وأَخُفها بأغلظها، فكانتِ الحكمةُ الإلهيةُ تقتضي أن تكونَ مرتبةً رعايةً للعدلِ بين الجنايةِ وموجبها.

أمَّا الحالةُ الأُولىٰ: فهي ما إِذَا خرجوا ممتنعينَ فأخِذُوا قبلَ أن يأخُذُوا مالًا أو يقتلوا نَفْسًا حَبَسَهم الإمامُ حتىٰ يُحدِثوا توبةً، والحبس (هو)[1] النفيُّ المذكورُ في الآيةِ؛ لأنَّ الحبسَ نفيٌّ لهم ولِشرِّهم عن وجهِ الأرضِ، ودفعٌ لفَسَادِهم، وهٰذا لأنَّ النَّفيَّ عن جميع وجهِ الأَرْضِ حقيقةً

(١) في (ج): (يفيد).

غيرُ مرادٍ، لاستحالتِه، وكذلك نفيه من بلدِه؛ لأنَّ النَّفيَّ لدفعِ الشرِّ ولا يحصلُ ذلك عن غيرِ أهلِ بلده، وكذا نفيه عن دارِ الإسلامِ إلىٰ دارِ الحربِ؛ لأنَّ في ذلك تعريضُه للردَّةِ، فتعيَّن أن يكون المراد (به)[1] نفيه عن جميعِ وجهِ الأرضِ إلَّا عن موضعِ حبسِهِ؛ لأنَّ بذلك يندفعُ شرُّه مطلقًا، وقد سُمِّي المحبوسُ خارجًا من الدنيا في قولِ بعضِهِم:

خَرجْنَا مِنْ الدُنيَا ونحنُ مِنَ اهلِهِا
فَلسْنا مِنْ الأَحْيَاءِ فيها[2] ولا الموْتَىٰ
إِذَا جَاءَنا السَّجَّانُ يومًا لحاجةٍ
عجبنا وقلنا: جاءَ هٰذا من الدُنيا[3]

وللإمامِ أنْ يعزِّرَهم مع الحبسِ لارتكابِهم المنكرَ وهو الإخافة، وإنَّما شَرَط الامتناعَ؛ لأنَّ المحاربةَ لا تتحققُ من غير منعه[4][5].

الحالةُ الثانيةُ: إذا أخذوا مالَ مسلمٍ أَوْ ذِميٍّ، والمالُ إذا قُسِّم علىٰ جماعتِهِم أَصابَ كلَّ واحدٍ منهم نصابُ السرقةِ أَوْمَا قيمتُه نصابٌ قُطِعتْ أيديهم وأرجلهم من خلافٍ، وإنَّما شرَطَ أن يكون المالُ لمسلمٍ أو لذميٍّ؛ لتكون عصمةُ المالِ المأخوذِ مؤبدةً حتىٰ لو قطع الطريقَ على المستأمنِ لا يجبُ القطعُ، ولا يقال: إنَّ الآيةَ نزلتْ في حقِّ قومٍ جاؤوا يقصدون الإسلامَ. فوجب أن لا يشترط كون المالِ المأخوذِ لمسلمٍ

---

(١) كلمة (فيها) من (ج)، وحذفت الهمزة من (أهلها) للضرورة.
(٢) من (ب)، و(ج).
(٣) البيتان ينسبان للشاعر علي بن الجهم.
(٤) «المبسوط» ٩/ ١٩٥، و«الهداية» ٢/ ٤٢٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٥-٣٥٦، و«اللباب» ٣/ ٢١٠.
(٥) في (ب): (محاربة).

أو ذميٍّ، لأنَّا نقول: معناه أنَّهم أَسْلَموا وجاؤوا إلىٰ دار الإسلام (مهاجرين. وقيل: جاؤوا لقصدِ الإسلامِ إلَّا أن من جاءَ دارِ الحرب إلىٰ دار الإسلامِ (قصدِ الإسلامِ)[١] ووصلَ إلىٰ دارِ الإسلام)[٢] فهو بمنزلةِ أهلِ الذِّمَّةِ لا يجوزُ التعرضُ لهم، ذكرَ في «المبسوطِ»[٣] وشَرَط أن يصيبَ كلا منهم نصابٌ لئلَّا تُستباحُ طرقُه إلَّا بتناولِ المالِ الذي له خطرٌ، والمرادُ: قَطْعُ اليدِ اليمنىٰ وقطعُ الرِّجلِ اليسرىٰ كيلا يؤدي إلىٰ تفويتِ جنسِ منفعةِ البطشِ والمشي، وهٰذِه الجنايةُ مقابلةٌ لقوله تعالىٰ: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾[٤] [المائدة: ٣٣].

الحالة الثالثة: أن يقْتُلوا ولا يأخذوا مالًا، وهٰؤلاء يقتلون حدًّا وقد دلَّ في المتنِ علىٰ أَنَّهم قَتَلوا لا غيرَ بِقَوْلِهِ بعد ذلك: (وإنْ جَمَعُوا) أيْ: مِنْ القتل وأَخْذِ المالِ، فَذِكرُ الجمعِ بعدَ ذلك قرينةٌ دالَّةٌ علىٰ أنَّ مُرَادَه بقوله: (قتلوا) أيْ: ولم يأخذوا مالًا ولأنَّ مقتضى التقْسيم ممَّا يدلُّ عليه أَيْضًا فاسْتَغْنَىٰ عن القيديَّةِ وهو أَنَّهم إِمَّا أن لا يَقتُلُوا ولا يأخُذُوا مالًا أو يأخذوا ويقتلوا (أو يقتلوا ولا يأخذوا)[٥] مالًا أو يأخذوا ولا يقتلوا. وقوْلُه: (حدًّا) يفيد أنَّ هٰذا القتلَ حقُّ اللهِ تعالىٰ فلا ينفذ[٦] عفو الأولياء عنهم؛ لأنَّ العفوَّ إنَّما ينفذُ فيما هو حقُّ العافي، وهٰذا حقُّ الشَّرْع وهٰذِه

---

(١) من (جـ).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٩٥.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٢٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٦، و«اللباب» ٣/ ٢١١.

(٥) طمس بالأصل، والمثبت من (ب، جـ).

(٦) في (ب، جـ): (يفيد).

الجناية مقابلةٌ لقوْلِهِ تعالىٰ: ﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ﴾ وإنَّما كان هٰذا القتلُ حقَّ الشَّرْعِ؛ لأنَّها جنايةٌ علىٰ حقِّهِ فيكونُ الجزاءُ حقَّه؛ وهٰذا لأنَّ قاطعَ الطَّريق محاربٌ للهِ تعالىٰ، فإنَّ المسافرين في المفاوزِ لا ٱتكالَ لهم علىٰ ما يعصمهُم من القُطَّاعِ من أَبنيةٍ ولا حصونٍ، ولكنَّهم مُتَكِلُونَ علىٰ أَمَانِ الله تعالىٰ وحفِظِه، فالمتعرضُ لهم كأَنَّه يحاربُ الله ويبارزُه[1].

الحالة الرابعةُ: أن يجْمَعوا بَيْنَ قتلِ النَّفسِ وأَخْذِ المالِ، فقال أبو حنيفة[2] ﷺ: الإمامُ مخيرٌ بَيْنَ أَمْرَينِ إِنْ شاءَ جَمَعَ عليهم بَيْنَ القتلِ والصَّلْبِ والْقَطْعِ مِنْ خلافٍ، وإن شاء ٱكتفىٰ إمَّا بالقتلِ وإمَّا بالصَّلب. وقال أبو يوسفَ[2] ومحمد[2] رحمهما الله /١٢٢ب/ (يكتفي الإمَامُ بالقَتْلِ أو بالصَّلْبِ، ولا يَجْمَعُ إليه القطعَ. وظاهرُ الروايةِ هو التخييرُ بَيْنَ القَتْل والصَّلْبِ. وعن أَبي يوسفَ[2] ﷺ)[3] أنَّه لا يترك الصَّلبَ مُطْلقًا؛ لأنَّه مَنْصُوصٌ عليه، والمقصودُ هو الشهرةُ للاعتبار. ووجهُ ظاهرِ الروايةِ أنَّ أَصْلَ الشهرةِ حاصلٌ بالقَتْل وكمالها بالصَّلْبِ، فَيَتَخيرُ الإمامُ في الاْقتصارِ والجمعِ. وهٰذِه الرِّوايةُ من الزَّوائدِ.

ولَهُمَا[2]: أَنَّ الإِمَامَ يَكْتَفي بأَحَدِهما؛ لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ وهي قطعُ الطريقِ، فيكتفي فيها بعقوبةٍ واحدةٍ كمنْ قطَعَ يدَ إِنسانٍ عَمْدًا وقتله (عَمْدًا)[4] فإنه يُقتل وتدخل الأطرافُ في النَّفس، وكما إِذَا سَرَقَ ثُمَّ زنىٰ محصنًا فإنه يُرجَمُ ولا يُقطعُ.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٩٦-١٩٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٣، و«اللباب» ٣/ ٢١١.

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٩٦-١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٥١-١٥٢، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٣، و«اللباب» ٣/ ٢١١-٢١٢.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) من (ب).

وله[١]: أَنَّها عُقُوبةٌ واحدةٌ من حيثُ إِنَّها قطعُ الطَّريقِ لكنَّها مغلظةٌ من حيثُ ٱشْتِمَالِها على القَتْلِ وأَخْذِ المالِ، وفي ذلك تفويتُ الأمنِ إلى الغايةِ القصوىٰ فيتغلظُ موجِبُها، ولهٰذا كان قطعُ اليدِ والرجلِ معًا في الكبرىٰ حدًّا واحدًا، وإن كان في الصغرىٰ حدَّين، والتَّداخلُ إنَّما يكونُ في الحدودِ، وهٰذا حدٌّ واحدٌ، ولا يُقالُ: إنَّه فاسدٌ؛ لأنَّ للإِمَامِ أنْ يَقْتَصرَ على القَتْلِ وَيدَعَ القَطْع؛ لأنَّا نقولُ: ليس ذلك لأجلِ التَّداخلِ، بل لأنَّه ليسِ على الإمام مُراعَاةُ الترتيبِ في إجراء حدٍّ واحدٍ، فكانَ له أنْ يبدأ بالقتْلِ، ثمَّ إذا قتله فلا فائدةَ في القَطْعِ بعدَ القتْلِ فلا يشتغل به، كالزاني إذا جلد خمسين وهو حرٌّ فماتَ يترك ما بقي.

ووجه آخر أنَّ هٰذِه جنايةٌ واحدةٌ من حيثُ إنَّها قطعُ الطريقِ، وجنايتانِ حقيقةً من حيثُ القتلِ وأخذِ المالِ، ولكلِّ واحدٍ منهما عند الأنفرادِ حكمٌ، فإذا ٱجتمعا يخير الإمامُ، فإن شاء مال إلىٰ جهةِ الأتحادِ، وإن شاء مال إلىٰ جهةِ (التعدادِ[١])[٢].

قال: (ويُصلبُ حيًّا وتُبعجُ بطنُه برمحٍ إلىٰ أن يموتَ).

وعن الطحاوي رحمه الله[٣]: أنَّه يُقتل ثمَّ يصلبُ توقيًّا عن المثلةِ. ووجُهُ المذكورِ في الكتابِ.

وإليه مَالَ الكرخيُّ[٤] رحمه الله أن الصلبَ علىٰ هٰذا الوجهِ أَبلغُ في الردعِ

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٩٦-١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٥١-١٥٢، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٣، و«اللباب» ٣/ ٢١١-٢١٢.

(٢) في (ب): (التعدد)، وفي (ج): (التعدىٰ).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٢٤.

وهو المقصودُ به[١].

قال: (ولا يُتركُ أكثر من ثلاثةِ أَيّام).

لأنَّ في تركِهِ أكثرَ من ذلك إيذاءً للنَّاسِ؛ لأنَّه يتغير (حينئذٍ)[٢] وعن أبي يوسفَ[٣] أنه يتركُ حتىٰ يتقطع ويسقط ميلا إلىٰ زيادةِ الاعتبار بحاله، وهٰذا أبْلغُ في الرَّدع. ووجه الظَّاهرِ أنَّ ذلك حاصلٌ بما تقدَّم فلا حاجةَ إلىٰ هٰذِه المبالغة؛ لأنَّها غيرُ مطلوبةٍ[٢].

قال: (ويقتلون بمباشرة أحدِهِم).

إذا كانوا جماعةً فباشر القتل واحدٌ منهم أُجري القتلُ علىٰ جَمَاعتِهم؛ لأنَّ هٰذا القتلَ جزاءُ المحاربةِ، والمحاربةُ تَتَحققُ بأنْ يحفظَ بعضُهُم بعضًا وتمانعوا عنهم، ومباشرةُ الواحدِ مستندةٌ إلىٰ قُوتهِ بالباقين، فيكونُ وَاقعًا منهم معنىٰ[٤].

قال: (وإن كان فيهم صغيرٌ أو مجنونٌ أو ذو رحم مَحْرم من المقطوع عليه، أو أُخذ بعد التَّوبةِ وقد قتل عمدًا صار القتلُ إلى الأولياءِ).

أمَّا إذا كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ فسقوطُ الحدِّ عن الباقين قولُ أبي

---

(١) «المبسوط» ٩/ ١٩٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢٤، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١١٥، و«اللباب» ٣/ ٢١٢.

(٢) في (ب): (جسده).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٢٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٣٠.

(٤) «المبسوط» ٩/ ١٩٨، و«الهداية» ٢/ ٤٢٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٤، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١١٥.

حنيفة[١]، وزفرَ[١]، وعن أبي يوسفَ[٢] رحمهم الله أنَّه إذا بَاشرَ العقلاءُ منهم القتلَ يحدُّ الباقون، فكذلك الخلافُ في السَّرقةِ الصغرىٰ.

له: أنَّ المباشرَ (هو الأصلُ والردء تبعٌ، فالمباشرُ إذا كان عاقلًا فلا خَلَلَ في مُبَاشرَتِهِ ولا ٱعْتبارَ بالخلل في التابعِ، ولو كان المباشرُ)[٣] هو الصبيُّ أو المجنونُ فالحكمُ بالعكس لوقوعَ الخلل في الأصلِ.

ولهما[٢]: أنَّها جنايةٌ واحدةٌ قائمةٌ بالكلِّ، وفعلُ بعْضِهِم غيرُ موجبٍ، فكان فعلُ الباقين بعضَ العِلةِ، فلا يترتبُ عليه الحكمُ وصار كالخاطئِ مع العامدِ وأمَّا ذو الرَّحم المحْرَم من المقطوع عليه الطريق فالحكمُ مطلقٌ أي: سواء كان المالُ المأخوذُ مُشتركًا بين من قطع عليهم الطريقَ أو غيرَ مشتركٍ. وقد قيل: إنَّ الحكمَ مختصٌّ بما إذا كان المالُ مشتركًا.

والأَوْلُ هو الأصحُّ ذكره صاحبُ «الهداية»[٤] لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ فإذا ٱمْتَنعَ الحدُّ في البعضِ ٱمتنع في حقِّ الباقين[٢]، بخلافِ ما إذا كان فيهم مستأمنٌ؛ لأنَّ الخللَ لمعنىٰ في العصمةِ وإنَّها مخصوصةٌ (به)[٥] وههنا الخللُ في الحرزِ، والقافلةُ حرزٌ واحدٌ، وإذا سقَط الحدُّ صار القتلُ إلى الأوْلياءِ، فإن شاؤوا ٱستوْفوه، وإن شاؤوا عفوا عنه[٢].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٢٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٩، و«اللباب» ٣/ ٣١٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٦-١٤٧، و«فتح القدير» ٥/ ٤٢٩-٤٣٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٣٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٦٣٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ١١٦.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) «الهداية» ٤٢٥.

(٥) من (ب).

وأما إذا أخذ قاطع الطريق بعد ما تاب وقد قتل عمدًا فقتله إلىٰ ولي القتيل أيضًا؛ لأنَّ الحدَّ هٰهنا لا يقامُ بعد التوبةِ؛ لأجلِ الاستثناءِ في آخر الآيةِ، ولأنَّ التوبةَ متوقفةٌ إلىٰ أن يردَّ المالَ إلىٰ من أخَذَه منه، وإذا رَدَّه انقطعتِ الخصومةُ بين ربِّ المالَ وبين القاطعِ. وللإمامِ أنْ يقيمَ الحدَّ بعدَ خصومةِ صاحبِ المالِ في مالِهِ وقد انقطعَتْ بوصولِه إليه /١٢٣أ/ قبلَ المرافعةِ إلى الإمام وظهورِ الجنايةِ عنده، فلا يُقامُ الحدُّ الذي هو حقُّ اللهِ فيظهر حقُّ العبدِ في النفسِ والمالِ، فيستوفي الوليُّ القصاصَ إن شاء أو يعفو، ويجبُ ضمانُ المالِ إذا هلك في يده أو استهلكه[1]، وهٰذِه من الزَّوائدِ.

قال: (ولو قطع الطريقَ بقربِ العمرانِ بمنعتِه أو أخذ في المصرِ مالًا مغالبة لا نجعله قاطعًا بل يحبسُ ويؤدَّبُ ويسترد ما أَخَذ ويتخير).

ولي القتيل إذا قطعَ الطريقَ ليلًا أو نهارًا في المصرِ أو بين القرى المتقاربةِ لا يكون قاطعًا للطريق استحسَانًا. وفي القياس[2] وهو قول الشافعي رحمه الله[3] يكون قاطعًا لوجودِهِ حقيقةً.

وقوله: (بمنعته) يشيرُ إلىٰ ضعفِ قوةِ السُّلْطَان؛ لأَنَّ البعدَ عن الغوثِ شرطٌ في مذهبِهِ؛ لأنَّه بقربِ العمران يعتمدٌ على الهربِ إلى العامرِ إلىٰ

---

(١) «المبسوط» ٩/١٩٨-١٩٩، و«الهداية» ٢/ ٤٢٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٨.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦، و«المبسوط» ٩/ ٢٠١-٢٠٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٧.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٨٥، و«الوجيز» ٢/ ١٧٩، و«حلية العلماء» ٨/ ٨٥-٨٦، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ٤٢٩، ٤٣٢.

شوْكتِهِ، فإذا ضَعُفتْ قوةُ السلطانِ كان قاطعُ الطريقِ في المصرِ وبقربِ العامرِ مسْتندًا إلىٰ منعتِهِ وشوكتِهِ، فيكونُ في الحكمِ كالبعيدِ عن الغَوْثِ، ولو دَخَل دارًا بالليل وأَخذَ المالَ مكابرةً ومنع من الاستغاثةِ في وقتِ قوةِ السلطان ففي كونِهِ قاطعًا أو سارقًا وجهان في مذهبه.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ[١] أنَّه يكون قاطعًا إذا كان خارجَ المِصْرِ، وإن كان بقربه؛ لأنَّه لا يلحقُه الغوثُ.

وعنه أيضًا: إن قاتلوا نهارًا بالسلاح أو قاتلوا ليلًا بسلاح أو خشبٍ فهم قُطَّاعُ الطريقِ؛ لأنَّ السلاحَ لا يلبثُ فلم يلحق العوثُ وكذلك يبطئ لحوقه بالليلِ، فكان الخشبُ كالسلاح فيه.

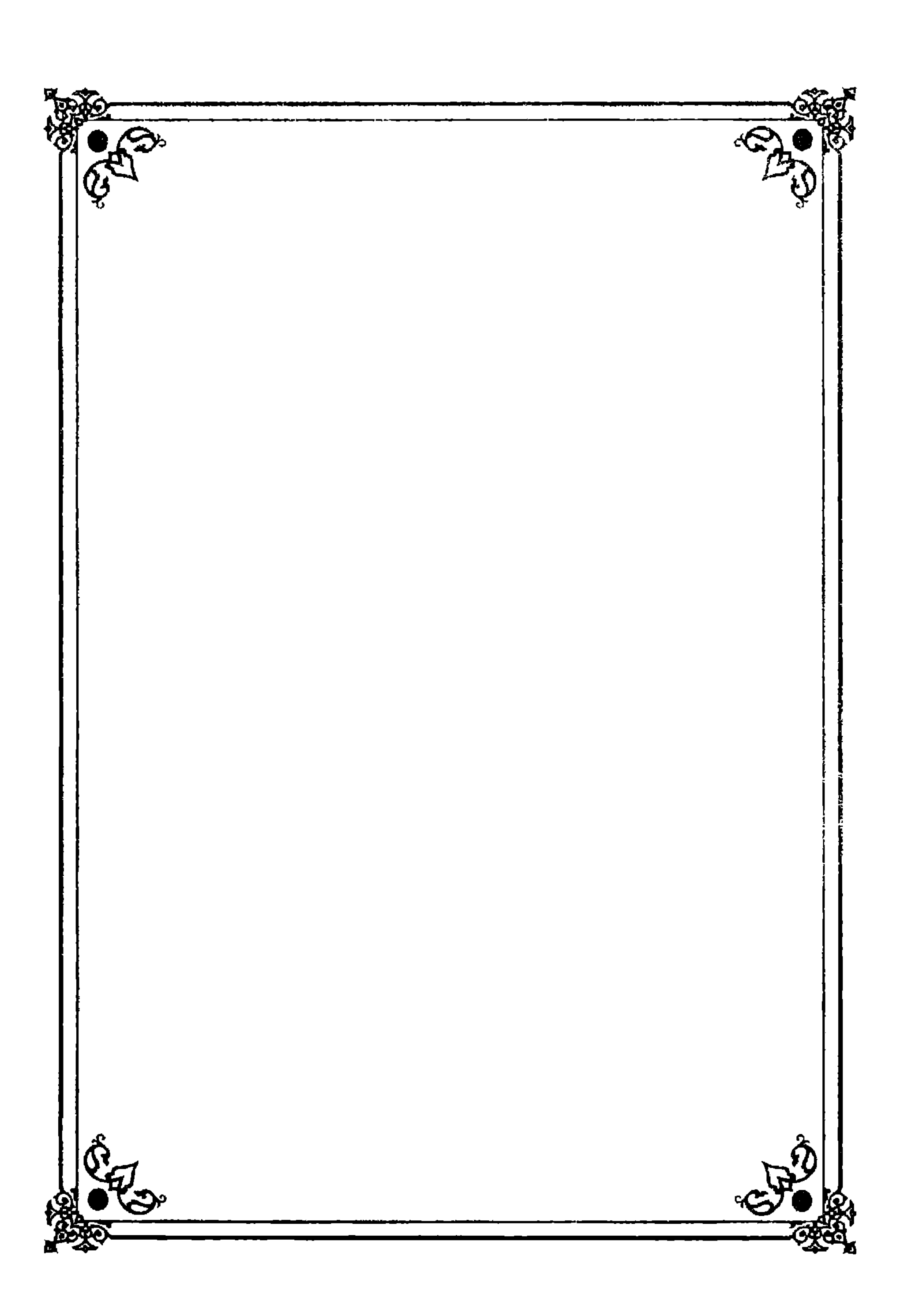
ونحن نقول: إن قطعَ الطريقِ حقيقةً هو قطعُ المارةِ، وذلك لا يتحققُ في المصرِ ولا بقربه للحوقِ الغوثِ ظاهرًا إلَّا أنهم يؤاخذون بردِّ المالِ إيصالًا للحقِّ إلى المستحقِ، ويؤدبون ويحبسون؛ لارتكابهمِ الجنايةَ، وإن قتلوا فالأمرُ فيه إلى الولي إن شاء اقتصَّ وإن شاء عفىٰ، لما مرَّ[١].

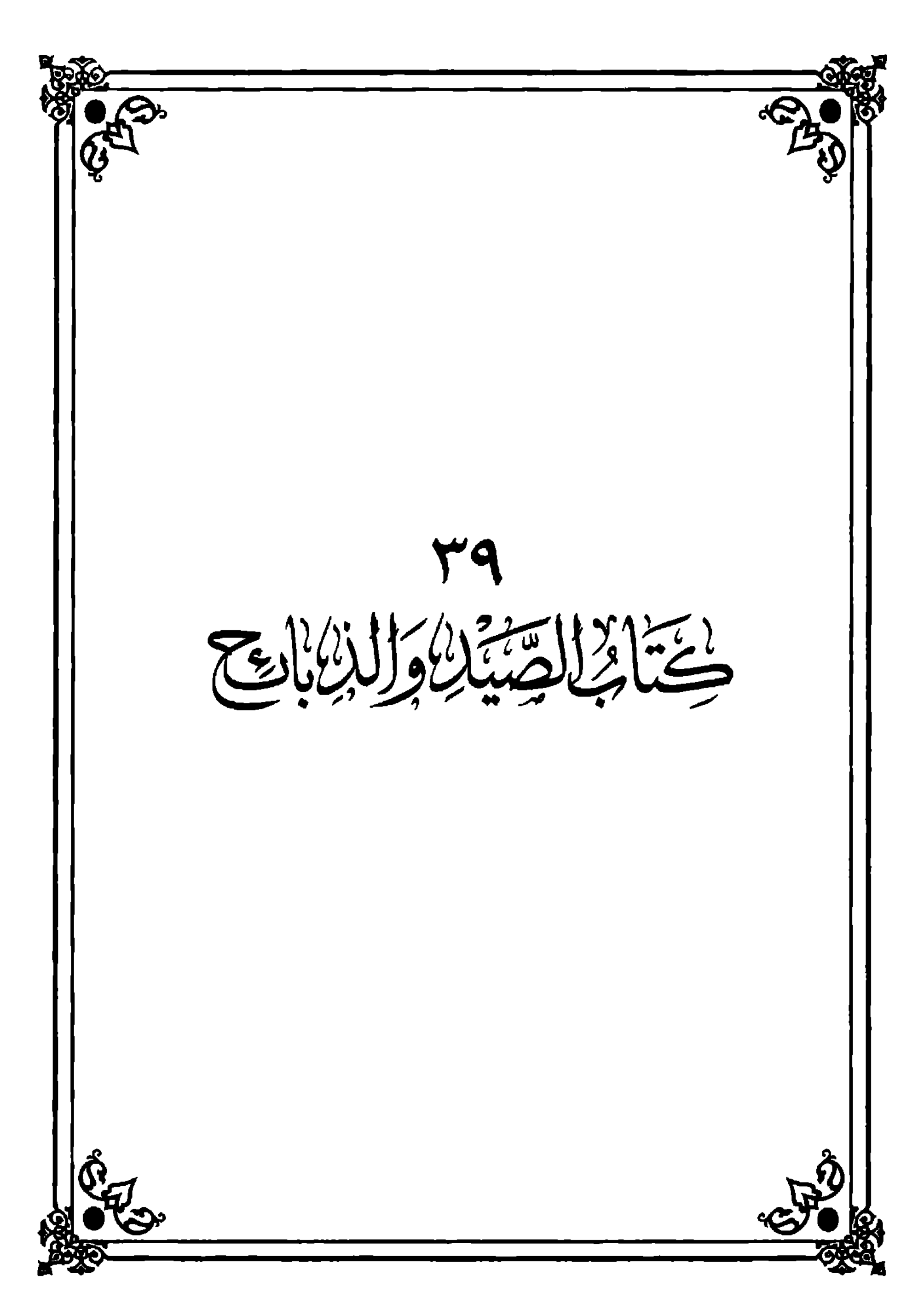
(والله أعلم)[٢].

---

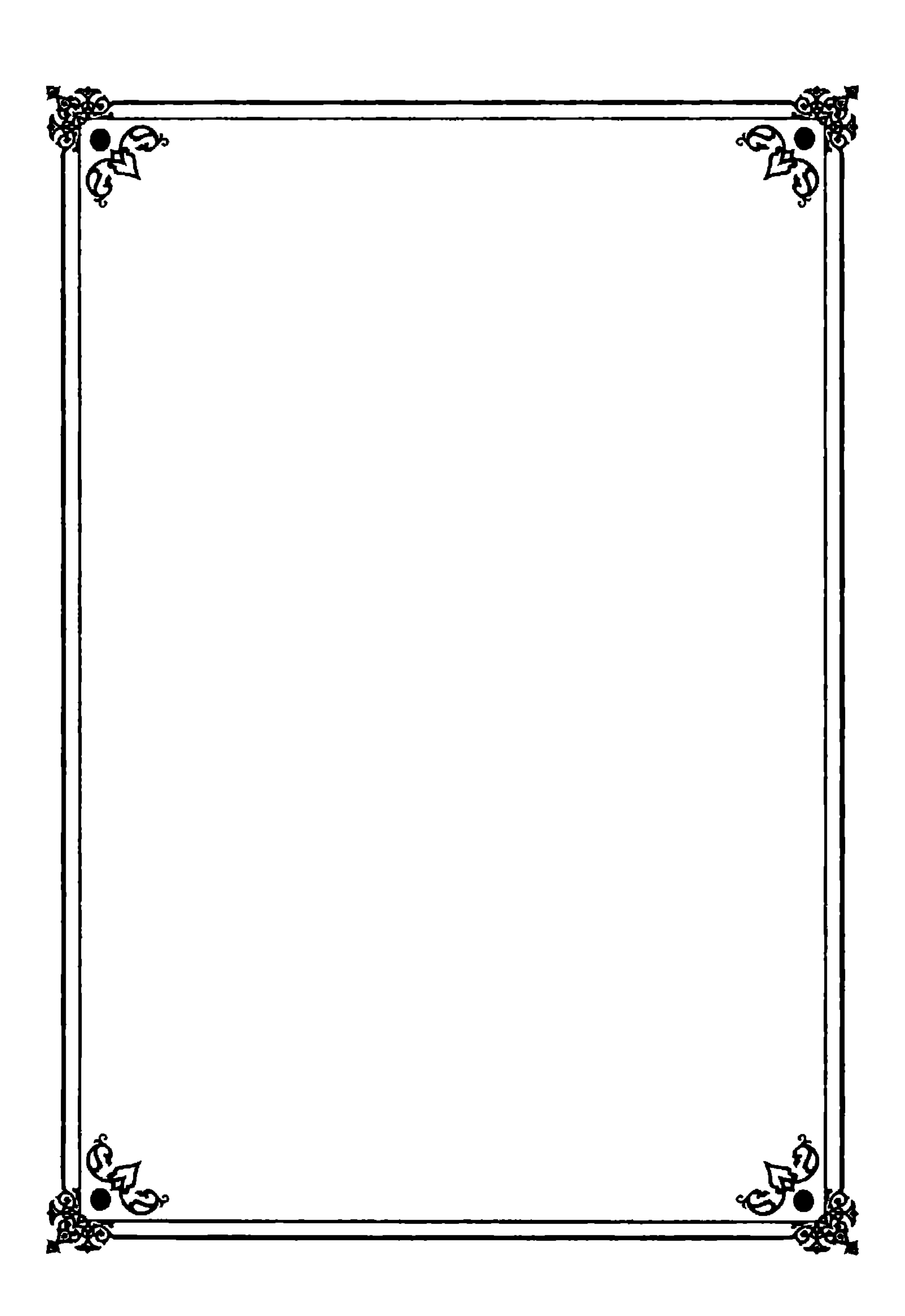
(١) «مختصر الطحاوي» ٢٧٦، و«المبسوط» ٩/ ٢٠١-٢٠٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٧.

(٢) من (ب).





٣٩
كتاب الصيد والذبائح



كِتَاب الصيدِ والذبائحِ[1]

قال: (يجوزُ صيدُ الحيوانِ الممتنع مطلقًا بالسهامِ المحدَّدةِ، والجوارح المعلمةِ كالبازيِّ يعودُ إذا دُعي، والكلبِ يتركُ الأكلَ، وتقدير المدةِ إلى المعلم وقالا: ثلاث مرَّات وهو روايةٌ).

الصيدُ[2] مصدرُ صَادَ يصيد ويطلق على المصطادِ ومثله الخلق والعلم و﴿ هَٰذَا خَلْقُ ٱللَّهِ ﴾ [لقمان: ١١] أي: مخلوقه ولهٰذا قال أصحابنا رحمهم الله: إذا حلف بعلم الله لا يكون يمينًا إذ المرادُ معلومه.

والمرادُ هٰهنا الاصطيادُ وهو جائزٌ لغيرِ المحرمِ وفي غير الحرمِ؛ لقولِهِ تعالىٰ: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ ﴾ [المائدة: ٢] ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة: ٩٦] ﴿ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ [المائدة: ٤].

---

(١) وجه المناسبة لما كانت الحدود تحصل منها صيانة النفوس عن الفساد، وغير ذلك، فكذلك يحصل من الصيد صيانتها عن الفساد والناشئ عن الأموال الخبيثة، إذ الصيد ليس بمملوك لأحد، وإنه صاف عن كدر المنة، والظلم، وناسب ذكره عقب الحدود من هٰذا الوجه.
«المستجمع شرح المجمع».

(٢) الصيد لغة: مصدر صاد يصيد وصيدا أمسكه بالمصيدة وقنصه، ويقال: صاد الناس بالمعروف: تألفهم وجذبهم. يقال: صاد الرجل الطير يصيده صيدا فالطير مصيد الرجل صائد.
«مختار الصحاح» ٣٤٠ مادة صيد، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٣٠ مادة صاد، و«المصباح المنير» ٢١٢ مادة صيد.

وقولُهُ ﷺ: «**الصيدُ لمنْ أخذه**»[١]. وقوله ﷺ لعديٍّ بن حاتم: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كلْبَكَ المعلمَ وذَكرْتَ ٱسمَ اللهِ عليه فَكُلْ، وإِذَا رَمَيْتَ سَهْمَكَ وذَكَرْتَ ٱسْمَ اللهِ عليه فكلْ**»[٢] وعلىٰ إباحته الإجماع[٣]، ويجوز صيدُ الحيوانِ الممتنعِ مطلقًا، منه ما يؤكل لحْمُهُ وما لا يُؤكل، أمَّا قيدُ[٤] الأمتناع؛ فلأنَّ الصيدَ عبارةٌ عنه؛ ولأنَّ الجُرْحَ أُقيمَ مقامَ الذكاةِ الأختيارية ضرورة العجزِ، ولا يتحققُ العجزُ إلّا في الممتنع، حتىٰ لو رَمىٰ ظبيًا مرْبُوطًا وهو يظنُّه صيْدًا فأصَابَ ظبيًا آخر (لم يؤكل؛ لأنَّه بالربطِ خرج عن الأمتناعِ فخرج عن أن يكون صيدًا، ولو رمىٰ بعيرًا قد ندَّ فأَصَابَ صيْدًا آخرَ)[٥] حلَّ؛ لأنَّ البعيرَ لما نَدَّ صار صيْدًا.

ويريدُ بقوله: (مطلقًا) ما يُؤكلُ (منه)[٦] ومالا يُؤكلُ، أمَّا ما يؤكلُ فيصادُ للحمه وما لا يُؤكلُ لحمُه فللانتفاع بشعرِهِ أو بجلدِهِ أو لدفع شرِّه، والنَّصُ مطلقٌ فيتناولُ الكلَّ، ويجوزُ الأصطياد بالسِّهامِ المحدَّدةِ وبالجوارحِ المعلمةِ، أمَّا السِّهامُ المحدَّدةُ فآلةٌ جارحةٌ. وأَمَّا الجوارحُ فكالكلب والفهد وسائر السِّباعِ المعلمة.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ[٧]: أَنَّه ٱستثنى الأَسدَ والدُّبَّ وذاك لعلوِّ هِمْتِهِ وهٰذا لخساسته (فلا ينقادان، وألحق بعضُ المشايخ بها الحدأة؛

---

(١) ذكره ابن حجر فى «الدراية» ٢/ ٢٥٦، وقال: لا أصل له والحكاية موضوعة.
(٢) أخرجه البخاري (١٧٥) كتاب الوضوء، باب إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعًا، ومسلم (١٩٢٩) كتاب الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.
(٣) «المبسوط» ١١/ ٢٢٠، و«الهداية» ٤/ ٤٥٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٥٠.
(٤) في (ب): (صيد).
(٥) ساقطة من (ب) و(ج).
(٦) من (ب).
(٧) «الهداية» ٤/ ٤٥٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٥١، و«اللباب» ٣/ ٢١٧-٢١٨.

لخساسته)[١]، والخنزيرُ مستثنىٰ؛ لكونه نجسَ العينِ فلا ينتفعُ به. وفي «الجامعِ الصغير»[٢]: وكلُّ شيءٍ علَّمتَه من ذي نابٍ من السِّباع وذي مِخْلبٍ من الطير فلا بأسَ بصيدِهِ ولا خيرَ فيما عدا ذلك إلَّا أن تتداركه حيًّا فتذكيه.

والأصلُ في ذلك قولُهُ تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ والجوارح: الكواسب، والمكلبين: المسلطين فيتناولُ الكلَّ بعمومه.

وعند الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣] أن فريسةَ الفهدِ والنَّمرِ حرامٌ /١٢٣ب/ لأنَّه لا يتأدَّبُ بترْكِ الأكلِ، والبازي أيضًا لا يترك الأكلَ لكن إنْ صادَ معلمًا ففي فريستِهِ وجهان؛ لأنَّ جنْسَ الطيورِ لابدَّ لها من جارحةٍ، وتعليمُ جوارح الطيورِ بتركِ الأكلِ متعذرٌ، فإنَّها تحتملُ الضَّربَ، ثُمَّ التعليمُ شرطٌ؛ لأنَّه منصوصٌ عليه، ولأنَّه إنَّما يَصير آلة إذا كان عاملًا للمرسل وذلك بالتعليم، وتعليمُ الكلبِ أن يتركَ الأكلَ ولم يقدِّر أبو حنيفةَ[٤] مدةً في تركِ الأكلِ، بل جَعَلَ ذلك مفوَّضًا إلىٰ رأيِّ المعلم.

وقالا[٤]: تعليمُه أن يترك الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ. وقولُهما روايةٌ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤]، والتنبيه عليها من الزوائد.

وتعليمُ البازيِّ أن يرجعَ إذا دعوْتَه وهٰذا مأثورٌ عن ابن عباس رحمهما الله، والتعليمُ يكون بتركِ ما هو مألوفُ ذلك الحيوانِ، والتوحشُ والنفارُ عادةُ البازيِّ، فإذا أَجاب إذا دُعي فقد ترك مألوفَه، وذلك آيةُ تعلمِه

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «الجامع الصغير» ٥٣٣.

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٠٧.

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٤٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٥١-٢٥٢.

وأما الكلبُ فمألوفٌ إلَّا أنه يعتادُ الأنتهابَ، فكان آيةُ تعلمِهِ تركَ مألوفِه[١] وهو الأكل والاستلابُ، وبدنه يحتملُ التعليمَ بالضَّربِ فيُعلمُ به، والبازيُّ لا يحتملُه فيُعَلمُ بغيرِ ذلك. والفهدُ له عادةُ النَّهبِ والنفار فيُجمَعُ عليه الأمران. ووجه التقييد بالمرَّاتِ الثلاث أنَّ فيما دونها يحتملَ الترك شبْعًا وبالترك ثلاثًا دليلُ الأعتيادِ، والثلاثُ مدةٌ مضروبةٌ في الشَّرعِ لإبلاءِ الأعذار.

ووجُهُ قولِ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[٢] أنَّ المقاديرَ لا تعرف اجتهادًا وإنَّما طريقُها السماعُ ولا سمع، فيفوض إلىٰ رأيِّ الخبير بتلك الصناعةِ كما هو أصلُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٢] في جنسِ هٰذِه المسألةِ، وعلى الرواية التي نصتْ على الثلاثِ إذا ترك أكْلَ ما صَادَه ثالثًا يحلُّ.

وعندهما[٢]: إذا تَرَكَ الأكلَ ثلاثًا لا يؤكل الثالث؛ لأنَّه إنَّما يصيرُ معلَّمًا بعد الثلاثِ. وقيل: الحكمُ بأنَّه معلمٌ يكون الثالثِ صيدَ كلبٍ غيرَ معلَّمٍ فلا يحلُّ.

وله: أنَّ التركَ ثالثًا آيةُ تعلمِهِ فكان صيدَ جارحةٍ معلَّمةٍ[٢].

قال: (وإذَا أَرْسَلَ المسلمُ أو الذِّميُّ، أو رمىٰ (سهمًا)[٣] مسميًا فجرح فماتَ حلّ، وإن خنقه حَرُمَ، وإن أدركه حيًّا لا يحلُّ إلَّا بالذكاة إذا تمكن).

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٢٣، و«الهداية» ٤/ ٤٥٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٥١-٢٥٢، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٥٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٤٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٥١-٢٥٢، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٣.

(٣) من (ب).

أمَّا ٱشتراطُ كونِ الرامي أو مرسلِ الكلبِ مسلمًا أو ذميًّا فلأنَّ الصيدَ ذكاة ٱضطراريةٌ فيعتبرُ بالاختيارية، ولا يجوزُ أكلُ ذبيحةِ غيرهما وأمَّا ٱشتراطُ التسميةِ فلقولِهِ ﷺ: «**إذَا أَرْسَلْتَ كلْبَكَ وذَكَرْتَ ٱسْمَ اللهِ عليه فَكلْ**»[1] شَرَطَ التسميةَ لحلِّ الأكلِ، ونصبَ (مسميًا) على الحالِ؛ ليفيدَ بذلك ٱقترانَ التسميةِ بالإْرسال والرميِّ؛ لأنَّ الحالَ يقارنُ ذا الحالِ فيجبُ أن تكون التسميةُ مقارنةً للإرسال والرميِّ؛ ولأنَّ الجارحَ آلةٌ والذبحُ لا يحصلُ بمجردِ الآلةِ لكن باستعمالِها فينزلُ الإرسالُ منزلةَ رميِّ السهمِ، وإمرار (الشفرةِ فتشترطُ التسميةُ عنده[2]، ولو ترَكَ)[3] التسميةَ ناسيًا حلَّ، ولو تَرَكَ عمدًا[4] لم يحلّ خلافًا للشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[5] وسيأتي في فصل الذَّبحِ.

وأمَّا الجرحُ فشرطٌ في ظاهرِ الروايةِ، وعن أَبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[6] أنَّه ليس بشرطٍ.

وجه الظاهر أنَّ الجرحَ تتحققُ به الذكاة الأْضطراريةُ وهي حصولُ الجرح في أيِّ موضعٍ كان من البدنِ بآلة ٱستعملَهَا الصائدُ، فكان الجرحُ بها منسوبًا إليه.

---

(١) سبق تخريخه.

(٢) «مختصر الطحاوىٰ» ٢٩٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٦، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٥، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) في (ب) و(ج): عاقدًا.

(٥) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«المهذب» ١/ ٢٥٩، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٨، و«غاية البيان» ٣١٤.

(٦) «فتح القدير»١٠/ ١١٧-١١٨، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٣، و«إيثار الإنصاف» ٥١٣، و«اللباب» ٣/ ٢١٩.

وفي النَّص بقولِهِ: (من الجوارح) إشارةٌ إلى ٱشتراطِهِ بتأويلِ الٱشتقاقِ من الجراحةِ، وهٰذا التأويلُ (أَوْلىٰ)[١] بالاعتمادِ من الكاسبِ إذ لا تنافي بينهما مع ما في الٱشتراطِ من الأخْذِ باليقينِ، وإذا خنقه الكلبُ ولم يجرحه لم يُؤكل لما بيَّنا من ٱشتراطِ الجرحِ، وفي هٰذا دليلٌ علىٰ أنَّه لا يحلُّ بالكسر.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢] أنَّه إذا كسر منه عضوًا فماتَ حلَّ؛ لأنَّ الكسرَ جراحةٌ باطنةٌ فاعتبرت بالظاهرةِ.

وجه الأول: أنَّ المعتبرَ إنَّما هو الجرحُ الذي يكون سببًا لإنهار الدمِ والكسرُ لا ينتهىٰ بذلك فكان كالتخنيق، وإذا أدرك الصيد حيًّا لا يحل إلَّا أن يزكيه؛ لأنَّ الإرسالَ والرمي أقيم مقامَ الذكاةِ الٱختياريةِ بحكم الضرُورَةِ، فإذا جرَحَ الصيد فمات فقد حَصَلَ الموتُ مضافًا إلى الآلةِ المستعملةِ في الذكاةِ الٱضطرارية فَحَصَل المقصودُ بها، وإذَا أدرَكه وهو حيٌّ لم يحصلِ المقصودُ -وهو إباحةُ الأكلِ من الذَّكاةِ الٱضطرارية- لقدْرَتِهِ على الذَّكاةِ الٱختياريةِ، وحكمُ البدلِ يبطلُ بالقدرةِ على الأصلِ قبلَ حصولِ المقصودِ بالبدلِ، فتجب الذكاةُ.

قوله: (إذا تمكن) يعني: أنَّ التمكنَ شرطٌ في ذكاةِ ما أَدرَكه حيًّا[٣].

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ١٩٦-١٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٢-٤٥٣، و«اللباب» ٣/ ٢٢١.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٠، و«الهداية» ٤/ ٤٥٧، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٣-٦٤، و«اللباب» ٣/ ٢١٩.

قال: (ولو وَقَعَ في يدِهِ ولم يتمكن وحياته فوق حركةِ المذبوح حَرُمَ والحلُّ روايةٌ).

إذا أدرَكه حيًّا فلم يتمكن من ذَبْحِهِ وهو في يده وبه حياةٌ تزيد علىٰ حياةِ المذبوح لم يُؤكل في ظاهر الروايةِ[١].

وعن أبي حنيفة[١] وأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١] أنَّه يحلُّ.

ووجهه أنَّه غيرُ قادرٍ على الأصلِ وهو الذَّبحُ فاكتفىٰ بالذكاةِ الاضطراريةِ كما إذَا رأى المتيممُ الماءَ وهو غيرُ قادرٍ على ٱستعمالِهِ وجه ظاهرِ الروايةِ أنَّه قادرٌ /١٢٤أ/ على الذكاةِ الاختياريةِ باعتبار ثبوتِ يدِهِ على الصيدِ وهو قائمٌ مقامَ التمكنِ من الذَّبحِ إذ لا يمكن ٱعتبارُهُ حقيقةً لاحتياجِهِ إلىٰ مدةٍ يتفاوت فيها الناس حسب تفاوتهم في معرفة الذبح والإقدام عليه، وأدير الحكم علىٰ ثبوت يده عليه، وإنما شرط كون الحياة فوق حياة المذبوح؛ لأنه إذا بقىٰ فيه ما يبقىٰ في المذبوح من الحركة فهو ميت حكمًا لا ٱعتبار به. ألا ترىٰ أنَّه لو وَقَع في الماءِ في هٰذِه الحالةِ لا يحرمُ كما إذا وَقَع وهو ميتٌ، ولو وقَعَ في يد صاحِبهِ بعد أن شقَّ بطنَه وأَخْرَجَ ما فيه حلَّ؛ لأنَّ الباقي فيه من الحياةِ حركةُ ٱضطرابِ المذبوح فلم يُعتبر كما لو وقعتْ شاةٌ في الماءِ بعد الذَّبحِ، وإنما يعتبر من الحياةِ ما يتوهمُ معها البقاءُ. وقيل: هٰذا الجوابُ قولُهُما[١].

وعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: لا يؤكل أيضًا؛ لأنَّه وَقَع في يدِهِ وهو حيٌّ فلا يحلُّ إلَّا بذكاةِ الاختيارِ[٢] والروايتانِ وقيدُ التمكنِ زوائدٌ.

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٤١-٢٤٢، و«الهداية» ٤/ ٤٥٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٥١، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٤.

(٢) في (ب)، (ج): (الاختيارية).

قال: (ولو ذَكَّى المنخنقةَ أو الموقوذةَ، أو المترديةَ، أو النطيحةَ، أو التي بقر الذئبُ بطنَها وبها حياةٌ (خفية)[١] حلتْ، وكونها بحيث تبقىٰ يومًا شرطٌ في روايةٍ ويعتبر أكثر لا فوقَ حياة المذبوح).

إذا أدرَكَ المنخنقة أو الموقوذةَ أو المترديةَ أو النطيحةَ أو التي بقرَ الذئبُ بطنَهَا وبها حياةٌ خفيةٌ أو ظاهرةٌ فذكاها حلتْ في ظاهرِ الروايةِ وعليها الفتوىٰ[٢].

ووجهها (الاستثناءُ المذكور)[٣] في الآيةِ وهو قولُه تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [المائدة: ٣] من غير فصلٍ فوجبَ العملُ بالإطلاقِ.

وروي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤] أنَّها إنَّما تحلُّ إذا كانت بحالةٍ تعيش يومًا لولا الذبحُ؛ لأنَّها إذا لم تكن بهٰذِه الحالةِ لا يدري أنَّها مذكاةٌ أم ميتةٌ لإزهاقِ روحها بالذي أَصَابَها قبلَ الذكاةِ، فلا يثبت الحلُّ بالشَّكِّ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤] أنَّه ٱعتبر كونها بحالةٍ تعيش أكثر اليوم إقامةً للأكثر مقامَ الكلِّ كذا ذكره في «المنظومةِ»[٥].

وقال في «الهداية»[٦]: وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٧]: إذا كان بحالٍ

---

(١) من (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٣-٢٠٤، و«المبسوط» ١٢/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٤٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٥١.

(٣) في (ج): (الأشياء المذكور).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ١٢/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٤٥٧-٤٥٨، و«فتح القدير» ١٠/ ١٢٢.

(٥) «المنظومة» لوحة (٨٤).

(٦) «الهداية» ٤/ ٤٥٨.

(٧) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ١٢/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٤٥٧-٤٥٨.

لا يعيش مثلُه لا يحلُّ؛ لأنَّه لم يكن موتُه بالذَّبح وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ[١] أنَّ الباقي فيها من الحياةِ إن كان أكثرُ ممَّا يكونُ في المذكىٰ يؤكل وإلَّا فلا لأنَّه لا معتبرَ بتلك الحياةِ كما بيَّنَّا فاعتبر الزيادةَ عليها.

قال: (وإذا وقع الصيدُ في الماءِ أو علىٰ سطحٍ أو جبلٍ ثم تردىٰ إلى الأرضِ حَرُمَ لا علىٰ وجهِ الأرضِ ٱبتداءً).

أمَّا الأولُ: فلأنَّها متردِيةٌ فتحرمُ بالنَّصِّ؛ ولأنَّ موتَها يحتملُ أن يكونَ بغيرِ الرَّمي فإنَّ الماءَ مهلكٌ والسقوطُ من عالٍ مهلكٌ. وفيه حديث عديٍّ[٢] رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: « **وإن وقعتْ رميتُك في الماءِ فلا تأكلْ فإنَّكَ لا تدري أنَّ الماءَ قَتَلَه أو سَهَمَكَ** »[٣].

وأما الثاني: وهو من الزوائد، فلأنَّ السقوطَ على الأرضِ ٱبتداءً لا يمكن التحرز عنه ولو ٱعتبر كان ذلك سدًّا لباب الٱصطيادِ، بخلافِ الأولِ لإمكانِ الٱحترازِ عنه، والأصلُ الفارق أنَّ سببَ الحلِّ والحرمةِ إذا ٱجتمعا وأمكن التحرزُ عمَّا هو سببُ الحرمةِ ترجح جانبُ الحرمةِ ٱحتياطًا، فإن لم يمكن التحرزُ عنه جرىٰ وجودُه مجرىٰ عدمِهِ، لأنَّ التكليفَ بحسبِ الوسعِ، وإذا وَقَع علىٰ شجرةٍ أو قصبةٍ أو حرفِ آجرة[٤] لم

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ١٢/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٤٥٧-٤٥٨.

(٢) هو عدي بن حاتم بن عبد الله بن سعد الطائي، وفد على النبي ﷺ سنة تسع، وقيل: سنة عشر، فأسلم وكان نصرانيًا، شهد فتوح العراق، ووقعة القادسية، ومِهران ويوم الجِسر مع أبي عبيد، وغير ذلك، وشهد صفين مع علي، وسكن الكوفة ومات بها بعد السادسة والستين، وله مائة وعشرون سنة.
ينظر «معرفة الصحابة» ٤/ ٢١٩٠، و«سير أعلام النبلاء» ٣/ ١٦٢-١٦٥.

(٣) رواه بنحوه البخاري (٥٤٨٤) كتاب الصيد والذبائح، ومسلم (١٩٢٩).

(٤) آجرة: الآجر اللبن أذا طبخ وهو معرب. «المصباح المنير» ص٩ مادة أجر.

يؤكل، لاحتمالِ أنَّه مات بهٰذِه الأشياءِ، وطيرُ الماءِ إنْ أصَاب الماءُ الجرحَ لم يؤكل وإلَّا أكل؛ لإمكانِ الاحترازِ عن الأولِ دونَ الثاني[١].

قال: (ولو غابَ فلم يقعد عن طلبه فوجده ميتًا نحله).

إذا رمىٰ سْهمَه فأَصَابَ صيدًا فجرحه فتواري عنه فلم يزل في طلبه حتىٰ أَدْرَكه ميتًا حلَّ أكلُهُ وإن قَعَدَ عن طلبِهِ ثم أَدرَكه ميتًا حَرُمَ[٢]. وللشافعيِّ رضي الله عنه[٣] فيما إذا أدركه ميتًا وليس به أثرٌ آخر من صدمٍ أو خنقٍ أو غيرِ ذلك قولان في حلِّه، ولو كان به أثرٌ آخر حرم. وجه القولِ بالتحريم قولُهُ ﷺ: **«كُلْ ما أَحْمَيْتَ وَدَعْ ما أَنْميْتَ»**[٤].

والاصماء لغة هو أن يموتَ المرمُّىٰ بإصابة سهمِك قبلَ أن يغيبَ عنك والإنماءُ هوان يموتَ بعد ما غابَ عنك.

ولنا[٢]: أنَّ تواري الصيدِ من ضروراتِ الاصطياد ظاهرًا خصوصًا في البوادي، والموتُ بعد الوجدانِ يجوز أن يكون مضافًا إليه وإلىٰ غيرِهِ، فلا ينبغي أن يحلَّ بالشَّكِّ إقامةً للموهومِ مقامَ المتحقِقِ في بابِ الحرماتِ إلَّا أنَّا أسقطنا اعتبارَ ذلك ما دامَ في طلبه إقامةً للطلبِ مقامَ حقيقةِ الوجدانِ لمكان الضَّرورة، بخلاف ما إذا تَقَاعَدَ عنه حيثُ لا يؤكل؛

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٢-٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٤، و«اللباب» ٣/ ٢٢١.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٩٤-١٩٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٦، و«الهداية» ٤/ ٤٦٤، و«اللباب» ٣/ ٢٢٠.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«التنبيه» ٨٣، و«المهذب» ١/ ٢٦١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٨.

(٤) هٰذا أثر ابن عباس رضي الله عنهما. رواه البيهقي.
ينظر «التلخيص الحبير» ٤/ ١٣٦، و«خلاصة البدر» ٢/ ٣٧٦.

لقولِهِ ﷺ في مثله: «**لعلَّ هوامَ الأرضِ قتلته**»[1] حين كِره أكلَهُ، ولا ضَرورَة هٰهنا إلى الٱعتبار؛ لعدم الٱضطرارِ.

قال: (ولو أكل البازيُّ ممَّا صاده يحلُّ، ولو أكل /١٢٤ب/ الكلبُ لا نحلُّه مطلقًا).

إذا أَرْسَل الصائدُ البازيَّ فأكل ممَّا ٱصْطادَه لم يَحْرُمْ أكلُهُ، ولو أَرْسَلَ كلبَه فأكل من الصيدِ حَرُمَ عندنا[2].

وللشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3] قولان فيما إذا أكل الكلبُ من الفريسةِ نادرًا، ففي قولٍ يَحرُمُ. وفي قولٍ: يحلُّ. ولو ٱعتاد الأكلَ حَرُمَ ما ظهرت عادتُه فيه، وهل يَحْرمُ ما أكل منه قبل الذي ظهرت عادتُه؟ فيه وجهان:

فقيدُ الإطلاقِ يفيد الحرمةَ سواء كان نادرًا أو معتادًا، وهو من الزوائدِ.

وجه القولِ بالحلِّ أنَّ الكلبَ آلةٌ في الٱصطيادِ وإنَّما يصير آلةً في العمل له، فإذا أرسلَه فامتثل ودعاه فأجَابَ فقد عمل له، فأكله بعدَ وقوعِ عمله للمالكِ المرسلِ غيرُ موجب للحرمةِ كالبازيِّ، وكما لو أكَلَ بعد الدَّفع إلى المرسل.

ولنا: أنَّه صيدُ كلبٍ غيرِ معلَّمٍ فلا يحلُّ تناولُ ما ٱصطاده؛ لحديثِ عديٍّ بن حاتم رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «**إذَا أَرْسَلْتَ كلْبَكَ المعلَّمَ وذَكَرْتَ ٱسمَ الله تعالىٰ عليه فكلْ فإنَّه إنَّما أَمسكَ عليك، وإن أَكلَ منه فلا تأكلْ فإنَّه إنَّما أَمَسَكَ**

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» مسندًا من حديث عبد الله بن أبي رزين، كما عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٧، و«غاية البيان» ٣١٤.

علىٰ نفْسِهِ، وإن شَارَكَ كلْبَكَ كلبٌ آخر فلا تَأْكلْ فإنَّك إنَّما سَميْتَ علىٰ كلبكَ ولم تُسَمْ علىٰ كلْبِ غيركِ»[١]، ولأنَّ النَّصَّ قيدَ الحلَّ بما أمسك علينا فإذا أكلَ منه فقد أَمسَكَ علىٰ نفسِهِ لا علينا، وهٰذا لأنَّ الاصطيادَ إنَّما هو بالأخْذِ أمَّا الذهاب فموصل إليه لا اصطياد حقيقة، فلابدَّ من إظهارِ معنى الآلةِ في نفسِ الاصطيادِ وذلك بتبديل العادةِ المألوفةِ، وتركُ الأكلِ من الكلبِ تركُ عادتِهِ فيما يأخذ، واعتبارُه ممكنٌ فيتوقف كونُه معلَّما عليه، وهٰذا أَوْلىٰ من اعتبار الذهابِ والإجابة إِذ الكلب أَلُوفٌ بطبعه فلم يكن الذهابُ والمجيءُ تبديلًا للعادةِ، والفرق بينه وبين البازيِّ أنَّ اعتبارَ تركِ الأكلِ منه متعذرٌ؛ لعدم احتمالِ خبتِهِ[٢] للتعليم بالضَّربِ، ومن عادتِهِ النفارُ، فإذا أجابَ عند الدعاءِ فقد علم ترك ما اعتاده فحكمنا[٣] بأنَّه معلمٌ[٤].

قال: (وهو محرمٌ مابقي من صيودِهِ من قبل).

إذا أكَلَ الكلبُ ممَّا أمسَكَهُ بعد الحكمِ بعلمه حرمت تلك الفريسةُ إجماعًا[٣]، وهل يحرم ما كان صادَه من قبل؟

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥]: يحْرُمُ ما هو موجود عنده دونَ ما خرج عن ملكِهِ.

وقالا[٤]: لا يَحْرُمُ ما تقدَّم من صيدِهِ، وإنَّما يَحْرُمُ ما أكلَ منه وما

---

(١) سبق تخريجه، وهو في البخاري (٥٤٨٦) بنحوه.

(٢) الخبت: الخشوع والتواضع. «القاموس المحيط» ص ١٣٨ مادة: خبت.

(٣) في (ب): (فحملناه).

(٤) «المبسوط» ١١/ ٢٢٢-٢٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٥١ ، و«فتح القدير»١٠/ ١١٨-١١٩، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦١، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٥) «المبسوط» ١١/ ٢٤٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٦، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣.

يصيده بعده إلىٰ أن يترك الأكلَ ثلاثُ مراتٍ؛ لأنَّ أكلَه يحتمل أن يكون معللًا بالنسيان فلا يتبين به أنه لم يكن معلَّمًا. وعلل بعضُ المشايخ لهما بأنَّا حكمنا بكونه معلَّمًا بالاجتهادِ عند تركه الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ فلا ينتقضَ إلَّا بمثلِهِ. وهٰذا يشير إلىٰ أنَّه لا يحكم بجهلِه. حتىٰ يُوجدَ منه الأكُل ثلاثَ مرات[1].

وله: أنَّ هٰذا كلب غيرُ معلَّم فيحرم صيودُه، ولأنَّ الأكلَ ممَّا ٱصطاده دليلُ الإمساكِ علىٰ نفسِهِ فتبين أنَّا أخطأنا في الحكمِ بعلمه، ولا يحتملُ الأكلُ بالنسيان إذ الحرفةُ لا تُنسىٰ[1].

قال: (ولو شاركه أهليٌّ أو غيرُ مسمًّىٰ عليه عمْدًا أو كلبٌ مجوسيٌّ أو أصابه المعراضُ بقرضه ولم يجرحه أو مات من بُنْدقةٍ أو حجرٍ حَرُمَ فإنْ جرحه الحجر وكان خفيفًا وبه حدٌ حلَّ).

أمَّا الثلاثةُ الأولُ فلما روينا من حديث عديٍّ[2] رضي الله عنه؛ لأنَّه ٱجتمعَ المحرمُ والمبيحُ فغلَّبنا جهةَ الحرمةِ ٱحتياطًا، ولو كان الكلبُ الثاني ردَّه على الأولِ فمات بجرح الأولِ دونَ الثاني يكره أكلهٌ لوجودِ الٱشتراكِ في الأخذِ، وفقد المشاركةِ في الجرح. ولو كان المجوسي لا يناسبُ فعلَ الكلبِ فلا تتحقق المشاركةُ بخلافِ الكلبين ولو لم يرده الكلبُ الثاني) لكنَّه ٱشتدَّ على الكلبِ الأولِ فاشتدَّ الأول بسبب ذلك على

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٤٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٥٦، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣.

(٢) تقدم ص ٤٦١.

الصيدِ فأخذه فلا بأس بأكْلِه؛ لأنَّ فعلَ الكلب الثاني أثرٌ في الكلبِ الأولِ حتى ٱزداد طلبًا لا في نفسِ الصيدِ فلم تقع المشاركةُ في أخذه ولا في جرحه، فكان فعلُ الكلب الثاني تبعًا للأول فلا يضاف الأخذُ إلى التبعَ، بخلاف ما إذا ردَّه (عليه)[1]؛ لأنَّه صارَ أصلًا في الردِّ (فأضيف)[2] الأخذُ إليهما، ولو أَرْسَل مسلمٌ كلبَه فصاح عليه مجوسيٌّ فأشتد عدوه فلا بأسَ بصيده، ولو كان الكلبُ قد أرسَلَه مجوسيٌّ فزجره مسلمٌ فانزجر حَرُمَ ما ٱصطاده. ووجهه أنَّ الفعلَ إنَّما ينسخ بما هو مثلِهِ وبما هو فوقه، والزجرَ بناءً على الإرسالِ فكان دونَه وتبعًا له فلا ينسخ الأول به، وكلُّ من لا تجوزُ ذكاتُه كالمرتدِّ وتاركِ التسمية عمدًا والمحرم فكذا في هٰذا بمنزلةِ[3].

وأمَّا المسألتان الأخريان فإذا أصابَ المعراضُ الصيدَ بعرَضِهِ ولم يجرحْه لم يُؤكلْ؛ لقوله ﷺ فيه: «**ما أَصَاب بحدِّه فكلْ وما أَصَاب بَعَرضه فلا تأكلْ**»[4]، ولأنَّ الجرحَ شرطٌ علىٰ ما مرّ. والثانية: إذَا رمىٰ /١٢٥أ/ ذميٌّ الصيد ببندقةٍ فمات، أو بحجر أو بعصا حرُمَ؛ لأنَّ ذلك كلَّه في معنى الموقوذة[5].

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فأخذ).

(٣) «المبسوط» ١١/ ٢٢٤، و«الهداية» ٤/ ٤٥٩-٤٦٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٥١، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٣، و«اللباب» ٣/ ٢١٨.

(٤) رواه النسائي ٧/ ١٨٣، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢٥٤٨)، من حديث عدي بن حاتم.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٩، و«فتح القدير» ١٠/ ١٣٠.

فرع: ولو الحجرُ خفيفًا وبه حدٌّ حلَّ إذا جرحه لأَنا تيقنا أن موتَه بسبب حدِّ الحجرِ لا بثقلِهِ، بخلافِ ما إذا كان الحجرُ ثقيلًا؛ لاحتمالِ أنهَّ قتله بثقلهِ ولو كان رماه فأبانَ رأسَهُ أو قطعَ العروقَ لا يؤكل؛ لأنَّ العروقَ قد تنقطعُ بالثقل فوقع الشكُّ. ولعله مات قبل قطعِ العروقِ ولو كان للعصا حدٌّ فجرحت أكل؛ لأنَّها بمنزلةِ المحددِ، فالحاصل أنَّ الموتَ إن كان من الجرح بيقينٍ حلَّ، وإن كان من الثقلِ لا يحلُّ، وكذلك إن كان مشكوكًا فيه عَمَلًا بالاحتياط[١].

قال: (ولو أرسلَ علىٰ صيدٍ فأخذَ غيرَهُ من غيرِ عدولٍ ولا مكثٍ نحلُّهُ).

إذا أَرْسَلَ كَلْبَه علىٰ صَيْدٍ فاصطادَ غيرَ ما أُرسِلَ عليه لا يحل عند الشافعيِّ رضي الله عنه[٢]؛ لأنه لم يصطد ما (أرسل عليه)[٣] وما ٱصطادَه لم يرسل عليه فكان كما لو صَادَ (بدونِ)[٤] إرسالٍ، وعندنا[٥] يحلُّ ما ٱصطَاده إذا لم يَعْدِلْ عن سننه ولم يمكث والقيدانِ زائدانِ؛ لأنَّه إذا لم يعدِلْ يمنةً ويسرةً (ولم يمكث)[٦] فهو في حكم الإرسالِ الموجودِ من المرسلِ فيحلُّ، إذ المشروطُ في النَّصِ هو الإرْسَالُ لا التعيينُ، والزيادةُ على النَّصِّ في معنى النسخ.

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ١٩٦-١٩٧، و«المبسوط» ١١/ ٢٥٣، و«الهداية» ٤/ ٤٦٢-٤٦٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٥١.

(٢) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«المهذب» ١/ ٢٦٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٧، و«التنبيه» ٨٣.

(٣) في (ب): (أرسله إليه).

(٤) في (ب): (غير).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ٢٥٣، و«الهداية» ٤/ ٤٥٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٠.

(٦) من (ب)، (ج).

فرع: لو أخذَ ما أُرسل عليه فقتلَه ثم أَخَذَ صيدًا آخر فقتَلَه أكلا جميعًا إن لم يمكث بينهما؛ لأنَّ الإرْسَالَ قائمٌ لم ينقطعْ بعدُ بمنزلةِ ما لو رمىٰ صيدًا فنفذَ إلىٰ آخرَ فإنهما يحلان، ولو جثم على الأولِ طويلًا ثم مرَّ به صيدٌ فقتله لا يؤكلُ؛ لانقطاعِ حكم الإرسال[1][2].

قال: (ولو رماه فأبان عضوًا يحرم المبان لا إن كان بجرح غير مدفف ولو قدّه نصفين أو أثلاثًا والأكثر مؤخر أو نصف رأسه أو أكثره أكلا).

إذا رمىٰ صيدًا فأبانَ بالرمي عضوًا منه أكل الصيد ولا يؤكل العضو[3].

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[4]: إن أبانه بجرحٍ مدففٍ -أي قاتل في الحالِ- فالعضوُ حلالٌ وإن لم يكن الجرحُ مدففا فذبح الصيد أو ماتَ بجرحٍ آخرَ مدففٍ، فالعضوُ حرامٌ وإن مات بذلك الجرحِ فوجهان.

له: أنه مبان بذكاةِ الأضطرار (فيحل المبانُ والمبانُ منه)[5] كما لو أبين الرأس بذكاةِ الأختيارِ، بخلافِ ما إذا كان الجرحُ غيرَمدففٍ؛ لأنه ما أبين بالذكاةِ.

---

(١) في (ج): (الأول).

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٩، و«الهداية» ٤/ ٤٥٨-٤٥٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٠، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩-٣٠٠، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ١٩٩-٢٠٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٥٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٨، و«الهداية» ٤/ ٤٦٣-٤٦٤، و«اللباب» ٣/ ٢٢٢.

(٤) «الأم» ٦/ ٢٨٢.

(٥) في (ب): (فيجعل المبان والمبان منه حلالًا).

ولنا: قوله ﷺ: «ما أبين من الحي فهو ميت»[١] والحيُّ المذكورُ مطلقٌ فينصرف إلى الحيِّ حقيقةً وحكمًا والمبان كذلك إذ المبانُ منه حيٌّ حقيقة؛ لوجودِ الحياةِ فيه، وكذا حكمًا؛ لأنه يتوهمُ بقاؤه بعد هٰذِه الجراحةِ وقد ٱعتبر الشرعُ ذلك، فإنه لو وقعَ في الماء وفيه حياةٌ بهٰذِه الصفةِ لحرم، وهٰذا بخلاف ما إذا كان المبان مما يلي العجزُ وهو الأكثر، ولأنه حينئذٍ مبانٌ بذكاةِ الٱضطرار؛ لأنَّ الموجودَ منه ذكاة الٱضطرار؛ ولهٰذا لو وقع في الماء يؤكلُ؛ لأنه بمنزلةِ المذكىٰ بذكاة الٱختيارِ فقد وقعَ في الماء بعد التذكيةِ، أما إذا كان الأكثرُ مما يلي الرأسَ فالموجودُ منه ليس بذكاةٍ، لأنَّ الشرعَ قد ٱعتبرَ بقاءَ حياتِه بعده حتىٰ حكمَ بحرمته لو وقعَ في الماءِ فلا يكونُ مبانًا بالذكاةِ فيكون حرامًا بالنصِّ. فالحاصلُ أنَّ المبان من الحيِّ حقيقةً وحكمًا لا يحلُّ، والمبانُ من الحيِّ صورة لا حكمًا يحلُ فتترتبُ الفروعُ علىٰ هٰذا، فإذا قطعَ يدًا أو رجلًا أو فخذًا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصفِ الرأسِ يحرمُ المبانُ ويحلُّ المبانُ منه؛ لأنه يتوهمُ بقاءَ الحياةِ في الباقي، ولو قدَّه نصفينِ أو قطعه أثلاثًا والأكثر مما يلي العجزُ أو قطعَ نصفَ رأسه أو الأكثرَ منه يحلُّ المبانُ منه؛ لأنَّ المبان عنه حيٌّ صورة لا حكمًا إذ لا يتوهم بقاءُ الحياةِ بعد هٰذا الجرح[٢].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨) والترمذىٰ (١٤٨٠) والحاكم ٤/ ١٢٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩-٣٠٠، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ١٩٩-٢٠٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٥٣-٢٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٨، و«الهداية» ٤/ ٤٦٣-٤٦٤، و«اللباب» ٣/ ٢٢٢.

قال: (وإن أثخن صيدًا برميه ثم رماه آخرُ فقتله حرمَ ويضمن للأولِ قيمته إلَّا نقص جرحه وإن لم يثخنه الأولُ حلَّ وكان للثاني).

إذا رمى الصائدُ صيدًا فأثخنه وأخرجه عن حيز الأمتناعِ فرماه آخرُ فقتله لم يؤكلْ؛ لأنَّ بالإثخان صارت ذكاتُه أختياريةً وكان بالجرح من الثاني ميتةً، وهٰذا إذا كانَ الصيدُ بحالٍ ينجو من الرميةِ الأولىٰ ليكون الموتُ مضافًا إلى الثاني، وإن كان بحالٍ لا يسلمُ من الأولىٰ بأن قطعَ رأسَه أو بقرَ بطنَه ونحو ذلك يحلُّ؛ لأنَّ الموت مضافٌ إلىٰ (الرمي الأول فالتحق وجود المبان[1] بعدمه، ويضمن الثاني للأول فيما إذا كان الموت مضافًا إلىٰ)[2] رميهِ فيضمن قيمةَ ذلك الصيدِ غير ما نقمته الجراحةُ؛ لأنه أتلفَ عليه صيدًا مملوكًا له؛ لأنه بإثخانِه صارَ ملكَه /١٢٥ب/ لأنه خرجَ به عن حيز الأمتناعِ وهو معيبٌ بالجراحةِ، والقيمةُ واجبةٌ بالإتلافِ هٰذا إذا أثخنه الأولُ برميهِ فإن لم يثخنه برميهِ فرماه الثاني فقتله أكلَ؛ لأنه صيد علىٰ حالةٍ لم يكن خارجًا عن حيز الأمتناعِ حين رماه الثاني وهو للثاني؛ لأنه هو الذي أخذه وأخرجَه عن حيزِ الأمتناعِ برميهِ[3]، قال ﷺ: « **الصيدُ لمن أخذَهُ** »[4].

---

(١) في (ج): (الثاني).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٨، و«الهداية» ٤/ ٤٦٤-٤٦٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٣-٤٥٤، و«اللباب» ٣/ ٢٢٢-٢٢٣.

(٤) سبق تخريجه.

قال: (وإن رميا معًا فسبق أحدهما وأثخنه ثم لحقه الآخر فقتله كان للأول، وحكمنا بحله).

رجلانِ أطلقا سهميهما معًا وسميًّا الله تعالىٰ فأصابَ أحدُهما الصيدَ قبل الآخرِ فأثخنه ثم أصاب الآخر فمات فالصيدُ للأولِ لأنه هو الذي أحرزه بإثخانه وجازَ أكله[١].

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ[٢]: لا يجوز؛ لأنَّ الثاني أصابه وهو ليس بصيد فلم يحل بالذكاةِ الاضطرارية، والمعتبرُ وقت الإصابةِ لا وقتُ الرمي؛ ولهٰذا كان ملكًا للأول وصار كما لو تعاقبا في الرمي.

ولنا[١]: أن رمي كلٍّ منهما موجبٌ للحلِّ؛ لكونه رميًا إلىٰ صيدٍ مأكولٍ مع التسمية، والمعتبرُ في الحلِّ حالُ الرمي؛ لأنَّ الحلَّ بالذكاة، والذكاةُ فعلُ المذكي والموجودُ منه ذكاةٌ منحصرٌ في الرمي، والمعتبرُ في الملكِ حالُ الإصابةِ؛ لأنَّ ثبوتَ الملكِ بالإحراز، والإحرازُ بالإصابةِ دون نفسِ الرمي، بخلاف ما إذا تعاقبا؛ لأنَّ الإثخاف الحاصلَ (به)[٣] بإصابة الأولِ مضافٌ إلىٰ سبب الإصابةِ وهو الرمي فكان الرميُّ الثاني مصادفًا له وهو غير صيد فلم يكن ذكاةً.

قال: (أو رمىٰ ذئبًا وسمَّىٰ فأصاب ظبيًا أجزنا أكله).

مسلمٌ وذمي أطلقَ سهمَه مسميًا قاصدًا للخنزيرِ أو ذئبٍ أو أسدٍ فأصاب سهمُه ظبيا حلَّ أكلهُ[٤].

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٨، و«الهداية» ٤/ ٤٦٤-٤٦٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٤.

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٦٤-٤٦٥.

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١٩٨-١٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٠، و«الهداية» ٤/ ٤٦٠-٤٦١.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: لا يحل؛ لأنَّ رميه لم ينعقد مفيدًا لحلٍّ ما يصيبه فلا ينقلبُ مفيدًا له، كما لو قصدَ إنسانًا وسمَّىٰ فأصاب صيدًا؛ وهٰذا لأنَّ الذئب ليس بصيدٍ، ألا ترىٰ أنه لا يجبُ بقتله على المحرمِ جزاءٌ، والخنزيرُ والأسدُ حكمُهما حكمه بالإجماعِ[١].

ولنا[١]: أنه رمىٰ إلىٰ صيدٍ فأصابَ صيدًا آخر فجاز أكله كما لو قصد حمارَ وحشٍ فأصاب ظبيًا؛ وهٰذا لأن الصيد ٱسم للمتوحشِ الممتنع الذي لا يؤخذ إلَّا بحيلةٍ والمرمي إليه كذلك، ولهٰذا وجب على المحرمِ بقتلِ الخنزير والأسد الجزاءُ إذا لم يوجد الصيالُ منهما، وحكم الذئب في هٰذِه الحالةِ حكمهما بالإجماعِ، وإنما لم يجب بقتلِ الذئبِ الجزاءُ؛ لأنه في معنى الفواسقِ الخمسِ اللواتي يقتلنَ في الحلِّ والحرمِ بلا جزاء بالنصِّ، لا لأنه ليسَ بصيدٍ[١].

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/١٩٨-١٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٠، و«الهداية» ٤/ ٤٦٠-٤٦١.

فصل في الذبائح[١]

قال: (يذكي ٱختيارًا في الحلقِ واللبة، واضطرارًا بالجرحِ أين ٱتفق).

الذكاةُ شرطُ حلِّ الذبيحةِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [المائدة: ٣] ولأنه سببٌ لتميز الدَّم النجسِ عن اللحمِ الظاهرِ، ويثبتُ بالذكاة الحلُّ، وطهارة المذبوحِ مأكولًا كان أو غيرَ مأكولٍ، فإنَّ الذكاةَ تنبئ عن الطهارةِ، قال ﷺ: « **ذكاةُ الأرضِ يبسُها** »[٢]، وهي علىٰ نوعين: ذكاةٌ ٱختياريةٌ، وذكاةٌ ٱضطراريةٌ.

فالاختياريةُ: هي الذبحُ في الحلقِ واللبةِ، قال ﷺ: « **الذكاةُ ما بين اللبةِ واللحيينِ** »[٣]، يريدُ موضعَ الذكاةِ وهي قطعُ عروقٍ معلومةٍ علىٰ ما يأتيكَ إن شاء اللهُ تعالىٰ.

وأما الاضطراريةُ: فهي الجرحُ في أي موضعٍ ٱتفق، وإنما تجوز عند العجزِ عن الذكاةِ الاختياريةِ وذلك مثلُ الصيدِ علىٰ ما مرَّ، ومثلُ ما يوحشُ من النعمِ كالبعيرِ النادِّ فلو رماه فقتلهَ حلَّ أكلهُ؛ لأنَّ الجرحَ في غيرِ موضعِ

---

(١) الذبح لغة: الذبح بالكسر ما يذبح ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ والذبيح والمذبوح، والذبح: ما أعد للذبح، وجمعها: ذبائح، وأصل الذبح: الشقة. «مختار الصحاح» مادة ذبح ص٢٠٦، و«المصباح المنير» ١٢٦ مادة ذبح .

(٢) رواه ابن أبي شيبة ١/ ٥٩ (٦٢٤) من قول محمد بن المهاجر عن أبي جعفر، وعبد الرزاق في «المصنف» كما عزاه الزيلعي ١/ ٢١٣.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: غريب بهٰذا اللفظ وروي بمعناه عند الأربعة أبو داود (٢٨١٨)، والترمذي (١٤٨١)، والنسائي ٧/ ٢٦١، وابن ماجه (٣١٨٤) من حديث أبي العشراء الدارمي. وقال الترمذي: حديث غريب. وقال ابن الملقن في «البدر المنير» ٩/ ٢٤٥: الحديث ضعيف؛ لأن فيه أبا العشراء.

الذبح أقيمَ مقامَ الذبحِ في موضعهِ عند العجزِ عنه للحاجةِ إليه، والبقرُ والبعيرُ إذا ندًّا في الصحراء أو في المصرِ بمنزلةِ الصيدِ، والشاةُ في الصحراءِ إذا ندت كذلك، وأما في المصرِ فلا تحلُّ بالعقر لإمكانِ أخذِها، بخلافِ البعيرِ والبقرِ لتصورِ حصولِ الأذىٰ منهما فيتحقق العجزُ، ولو تردىٰ في بئرٍ ولا يقدرُ علىٰ ذكاتهِ في العروقِ فهو كالصيد إذا لم يتوهم موتُه بالماءِ(١).

قال: (ويشترط فيهما التسميةُ ولو تركها ناسيًا حلَّ).

التسميةُ على الذبيحة شرطٌ حتىٰ لو تركها عامدًا تحرمُ الذبيحةُ ولا يجوز بيعُها، ولو حكم القاضي بصحةِ البيعِ لا ينفذ حكمُه وكذلك عند إرسالِ الجارحِ وعند الرمي، وأشارَ بضمير التثنيةِ إلى الذكاةِ الاختياريةِ والاضطراريةِ(٢).

وقال الشافعي رحمه الله(٣): التسميةُ مستحبةٌ وليست بشرطٍ؛ إذ لو كانت شرطَ الحلِّ لما تفاوتَ الحِلُّ بين تركها عمدًا ونسيانًا كالطهارةِ لما كانت شرطًا لصحةِ الصلاةِ ثبتَ التساوي في (تركها بين الحالتين)(٤)، فإنه لا يصحُّ وجود المشروطِ مع عدمِ شرطِه علىٰ أنها لو كانت /١٢٦أ/ شرطًا فإن الملةَ تجوزُ أن تقام مقامَها كما (لو)(٥) أقيمت في النسيانِ(٦).

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«الهداية» ٤/ ٣٩٣، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٥، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٨، و«إيثار الإنصاف» ٥١٣، و«اللباب» ٣/ ٢٢٤.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٨، و«التنبيه» ٨٢، و«غاية البيان» ٣١٤.

(٤) في (ج): (بتركهما من الجانبين).

(٥) من (ب).

(٦) «الهداية» ٤/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٥-٤٥٦، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٨.

ولنا[(١)]: قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] ومقتضى النهي الحرمةُ، وقوله ﷺ لعدي رضي الله عنه: «**إذا أرسلت كلبك المعلمَ وذكرت اسم الله عليه فكل؛ لأنه إنما أمسك عليك، وإن أكل منه فلا تأكل؛ لأنه إنما أمسك علىٰ نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت علىٰ كلبك ولم تسم علىٰ كلب غيرك**»[(٢)]؛ ولأنَّ ابن عمرَ ومن تبعه من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدونَ حرمةَ أكلِ متروك التسميةِ عن نسيانٍ قياسًا علىٰ حرمةِ أكل متروكِ التسميةِ عمدًا، وعلي وابن عباس ومن وافقهما من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يعتقدونَ حلَّ أكله ويفرقونَ بين الترك عمدًا ونسيانًا؛ لقيامِ العذرِ في النسيانِ فأقيمت الملة[(٣)] مقامَها تخفيفًا وتيسيرًا، وعدمُ العذرِ في فصلِ العمدِ، إذ القاصدُ للتركِ جانٍ (يكاد)[(٤)] يكون مستخفًا باسم الله تعالىٰ لقصد تركه، والجنايةُ سببٌ للعقوبة لا للتخفيفِ فحرمت ذبيحته زجرًا له، وهٰذا من الصحابةِ إجماعٌ علىٰ حرمةِ متروكِ التسميةِ عمدًا[(٥)]، ونقل صاحبُ «المنظومة»[(٦)] أنَّ تارك التسمية ناسيًا تحرمُ ذبيحتُه عند مالك رحمه الله[(٧)]، وتركت هٰذا الخلاف؛ لأنه ليس مشهورَ مذهبه.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«الهداية» ٤/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ٢٢٤.

(٢) سبق تخريجه، وهو في البخاري (٥٤٨٦) بنحوه.

(٣) في (ب): (المسألة).

(٤) من (ب)، (جـ).

(٥) «المبسوط» ١١/ ٢٣٧-٢٣٨، و«الهداية» ٤/ ٤٥٥-٤٥٦، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٦.

(٦) «المنظومة» لوحة رقم (١٤٢).

(٧) «التلقين» ٢/ ٢٦٨-٢٦٩، و«الكافي» ١٧٩.

قال ابن بشير في كتاب «التنبيه» له: فإن ترك التسميةَ متهاونًا لم يؤكل بلا خلافٍ علىٰ ظاهرِ المذهبِ؛ لأنه كالغائبِ فيعاقب بتركِ الأكلِ، وإن تركها ناسيًا أكله بلا خلافٍ أيضًا في المذهبْ، وإن تركها عامدًا غير متهاونٍ ففي هٰذا المذهبِ قولان أشهرُهما أنها لا تؤكلُ؛ فلذلك تركت نصبَ الخلاف فيه. ثم التسميةُ في الذكاةِ الٱختياريةِ تشترطُ عند الذبح على المذبوحِ وفي الصيد تشترطُ عند الإرسالِ والرمي؛ لأنَّ المقدورَ له في الأولِ هو الذبحُ، وفي الثاني الرمي والإرسالُ دونَ الإصابةِ فيشترطُ وجودُ التسمية عند الفعلِ المقدور عليه، حتىٰ إذا ٱضجعَ شاةً وسمَّىٰ وذبحَ غيرها بتلك التسميةِ لا يحلُّ[1]، ولو رمىٰ إلىٰ صيدٍ وسمىٰ وأصاب غيره حلَّ، وكذا في الإرسالِ، ولو ٱضجعَ شاةً وسمَّىٰ وذبحَها بشفرةٍ أخرىٰ حلَّ أكلها، ولو سمىٰ علىٰ سهمٍ ثم رمىٰ بغيره صيدًا ولم يسم عليه لم يؤكل. والفرقُ أن التسميةَ على الذبيحة شرطٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ ﴾ [الحج: ٣٦] فإذا تبدلتِ الذبيحةُ ٱرتفع حكم التسمية عليها، وفي الرميِ والإرسالِ التسميةُ شرطٌ على الآلة، قال ﷺ: «**إذا رميت سهمك وذكرت ٱسم الله عليه فكل**» وقال ﷺ: «**فإنما سميت علىٰ كلبك**» فما لم تتبدل باقية، وإذا تبدلت ٱرتفع حكم التسمية الآلة فالتسمية عليها واحتاج إلىٰ تسميةٍ أخرىٰ[2].

---

(١) «الهداية» ٤/ ٣٩٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩١.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٩٤-٣٩٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦-٤٥٧، و«درر الحكام»١/ ٢٧٨، و«اللباب» ٣/ ٢٢٤.

قال: (ويكره أن يذكر مع ٱسم الله تعالىٰ غيره فإن وصلَ وعطفَ حرم).

إذا ذكر مع ٱسم اللهِ تعالىٰ غيرَه فلا يخلو إما أن يذكرَ موصولًا أو مفصولًا معطوفًا أو بغير عطفٍ فإذا ذكره مفصولًا بغير عطفٍ، كره المذبوحُ وحلَّ أكله كما إذا قال: باسم الله محمد رسول الله؛ لأنّ الشركة لم توجد؛ لعدم العاطف فلم يكن الذبحُ واقعًا لغير ٱسم الله تعالىٰ، لكنه يكره لوجود القران. صورة فيتصور بصورةِ المحرم[1].

وأما إذا ذكرَ موصولًا معطوفًا بأن يقول: باسم الله ومحمد رسول الله - بكسر الدال- فتحرمُ الذبيحةُ؛ لأنه أهلَّ بها لغيره، ولو رفعَ لا يحرمُ، لأنه ٱستئناف كلام غير متعلقٍ بالذبيحةِ، وأما إذا ذكرَ ٱسم غيرِه مفصولًا صورةً ومعنىٰ بأن يقولَ قبل التسميةِ أو قبلَ إضجاعِ الذبيحة أو بعده فهٰذا لا بأسَ به[2]، فقد روي عنه ﷺ أنه قال بعد الذبح: «**اللهم تقبل هٰذِه عن أمةِ محمدٍ ممن شهدَ لك بالوحدانيةِ وشهدَ لي بالبلاغِ**»[3].

والشرط هو الذكرُ الخالصُ والمجردُ. قال ابن مسعودٍ ﷺ: جردوا التسميةَ[4]، حتىٰ لو قالَ عند الذبحِ اللهم ٱغفر لي لا يحل؛ لكونه دعاءً ولو قال الحمدُ لله أو سبحان الله يريدُ التسمية حلَّ، ونُقلَ عن ابن عباس

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٢٨، و«الهداية» ٤/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٧، و«اللباب» ٣/ ٢٢٤.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٢، و«الهداية» ٤/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٧، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٣) رواه مسلم (١٩٦٧) من حديث عائشة بلفظ: «**بسم الله الرحمن الرحيم الله، اللهم تقبل من محمد ومن آل محمد ومن أمة محمد**». ثم ضحىٰ به.

(٤) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٨٤ وقال: غريب.
وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٢٠٦: لم أجده.

ﷺ أنه قال: بسم الله الرحمن الرحيم والله أكبر، وهٰذا هو المتداولُ على الألسنة[١]، كذلك فسرَ ابن عباس في قوله تعالىٰ: ﴿ فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ ﴾[٢] [الحج: ٣٦].

قال: (ولا تحلُّ ذكاةُ غير المسلم والكتابيِّ).

أَمَّا ٱشتراط كون الذابح مسلمًا؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ والخطابُ للمسلم[٣] وأمَّا الذميُّ؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ وقال ﷺ في المجوس: «**سُنُّوا بهم سُنةَ أهلِ الكتابِ غير ناكحي نسائِهم ولا ذبائحهم**»[٤]، فدلَّ علىٰ حلِّ ذبائحِ أهلِ الكتابِ، فإنْ سمَّى النصرانيُّ المسيحَ وسمعَهُ المسلمُ لا يأكلُ منه، ولو قال: بسم الله. وهو يعني المسيحَ يؤكل منه بناءً على الظاهرِ، ويشترطُ أن يكونَ (عاقلًا للتسميةِ)[٥] قادرًا على الذبحِ ضابطًا للذبيحةِ، فتحوز ذبيحةُ الصبيِّ القادر

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٢، و«الهداية» ٤/ ٣٩٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٧، و«درر الحكام»١/ ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) رواه الحاكم ٤/ ٢٣٣ من حديث شعبة عن سليمان عن أبي ظبيان، به.
وقال: هٰذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه.
قال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٢٠٦-٢٠٧: ورجاله ثقات، وفي الباب حديث مرفوع متفق عليه من طريق قتادة عن أنس.

(٣) في (ب)، (ج): (للمسلمين).

(٤) قال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٢٠٥: لم أجده بهٰذا اللفظ، لٰكن روىٰ عبد الرزاق وابن أبي شيبة من طريق الحسن بن محمد ابن الحنفية رفعه: كتب إلىٰ مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام. فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم. وهو مرسل جيد الإسناد اهـ. ٱنظر: «مصنف عبد الرزاق» ٦/ ٦٩-٧٠، و«مصنف ابن أبي شيبة» ٣/ ٤٧٨.

(٥) في (ج): (عالمًا بالتسمية).

على الذبح، وكذلك المرأةِ مسلمةً كانت أو كتابية[١]، وإذا كان الذابحُ صبيًّا أو مجنونًا أو أمرأةً لا يعقلون التسميةَ ولا يضبطون الذبيحةَ ولا التسميةَ لا تحلُّ /١٢٦ب/ ذبيحتُهُم، لأن التسمية شرطٌ بنصِّ الكتابِ وذلك بالقصدِ. وصحةُ القصدِ بهٰذِه الأشياءِ وإطلاقُ الكتاب (للذمي)[٢] الكتابي ينتظمُ الكتابيّ والذميّ والحربيّ والعربيّ والتغلبيّ؛ لأنَّ الشرطَ هو قيامُ الملةِ[٣].

ولا تؤكلُ ذبيحةُ المجوسيِّ لما روينا ولعدم الملةِ فإنه لا يدَّعي التوحيدَ وكذلك المرتد؛ لأنَّه لا ملةَ له فإنَّه لا يقرُّ علىٰ ما ٱنتقل إليه، بخلافِ الكتابيّ إذا ٱنتقل إلىٰ ملةٍ أخرىٰ غير دينه حيثُ يقرُ عليه عندنا فيعتبرُ الدِّين الذي هو عليه حالةَ الذبحِ لا ما كان قبلَهُ، وكذلك الوثني؛ لعدمِ ٱعتقادِه ملةً، وكذلك المحرم إذا ذبحَ صيدًا سواء ذبحَهُ في الحلِّ أو في الحرمِ، وقد مرَّ في كتابِ الحجِّ[٤].

قال: (ولو تولَّدَ من مجوسيٍّ وكتابيٍّ نجيزُ ذبحَهُ).

إذا وُلِدَ ولدٌ من مجوسيٍّ وكتابيٍّ تجوز ذبيحتُهُ عندنا[٥].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦-٢٩٧، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٥، و«الهداية» ٤/ ٣٩٥، و«اللباب» ٣/ ٢٢٣.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦-٢٩٧، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٥، و«الهداية» ٤/ ٣٩٣، و«اللباب» ٣/ ٢٢٣.

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٤-٣٠٥، و«الهداية» ٤/ ٣٩٣-٣٩٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٦، و«اللباب» ٣/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٧-٢٠٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٨.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز[١] ترجيحًا للمحرمِ على المبيحِ وهو أنه جزءُ المجوسيِّ.

ولنا: أنه كتابيٌّ؛ لأن الولد يتبعُ خيرَ الأبوين دينًا، ولهٰذا (لو)[٢] كان أحدُ أبويه مسلمًا حُكِمَ بإسلامِهِ[٣].

قال: (وسُنَّ نحرُ الإبلِ وذبحُ البقرِ والشاةِ ويُكرهُ العكسُ لغير ضرورةٍ ولم يحرِّمُوها لذلك).

السُّنَّةُ أن ينحرَ الإبلَ ويذبحَ الشاةَ والبقرَ، فلو عكسَ فنحرَ الشاةَ والبقرَ وذبحَ الإبلَ كُرِهَ ذلك وجلَّتِ الذبيحةُ عندنا[٤]، أما أنَّ السُّنَّة ما قلنا قال اللهُ تعالىٰ: ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ﴾ [الكوثر: ٢].

قال المفسِّرُون: المرادُ: نحر الجزور، وقال اللهُ تعالىٰ: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً ﴾ [البقرة: ٦٧] وقال تعالىٰ: ﴿ وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ [الصافات: ١٠٧] والذِبْحُ ما يُذبحُ، وكان كبشًا وهٰذا هو المتوارثُ من فعلِهِ ﷺ، والصحابة رضي الله عنهم إلىٰ يومِنًا هٰذا والعكسُ مكروهُ لمخالفة السُّنَّةِ، وإنما يحلُّ؛ لوجود شرطِ الحلِّ وهو قطعُ العروقِ وإنهارُ الدمِ، ومذهبُ مالكٍ رحمه الله[٥] أنه يجوزُ مع الضرورةِ ويحرمُ عندَ عدمِ الضرورة.

---

(١) «الأم» ٦/ ٢٨٢، و«غاية البيان» ٣/ ٣، و«المهذب» ١/ ٢٥٨، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٥-٢٠٦.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٧-٢٠٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٤، و«درر الحكام»١/ ٢٧٨.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٨، و«الهداية» ٤/ ٣٩٨، و«اللباب» ٣/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٥) «المدونة الكبرىٰ» ١/ ٤٣٣، و«الكافي» ١٧٩، و«التلقين» ٢/ ٢٦٧.

قال ابن بشير في كتاب «التنبيه» له: فإن ذبحتِ الإبلُ أو نحرَ ما يذبحُ فأما مع الضرورةِ فيجوزُ ذلك ولا يمتنعُ أكلها، وأمَّا مع عدمِ الضرورةِ فثلاثة أقوالٍ: منع الأكلِ وهو المشهورُ، وجوازُهُ، والتفرقةُ فتؤكلُ الإبلُ إن ذبحتْ ولا يؤكلُ غيرُها إن نحرَ، وأمَّا المشهورُ فمبناهُ علىٰ أحدِ أمرين، إمَّا لأنَّ السنةَ إذا خولفتْ ٱمتنعَ الأكلُ، وإمَّا لأنَّ ذلك واجبٌ وحرامٌ مخالفتُه لما قلناه من كونِ النحرِ في غيرِ الإبل يقتلُهَا بغيرِ الذكاة، والذبح في الإبل تعذيب، ويمتنعُ به إخراجُ الدِم وهو مقصودٌ، وأما جوازُ الأكل، فلقوله ﷺ: «**ما أنهر الدمَ وذكر ٱسم الله عليه فكل**»[1]، ولأنَّ الٱنتقالَ من صفةٍ إلىٰ صفةٍ من جهةِ الأولىٰ لا من جهةِ الأوجبِ، وأمَّا التفرقةُ فلأنَّ النحرَ في غير الإبل بقتلها كما تقدَّمَ، وليس في الإبل إلَّا التعذيبُ فلا يؤدي إلىٰ منعِ الأكل. هٰذا كلامُهُ، ولمَّا كان حالةُ الضرورة تُحِلُّ الذبيحةَ إجماعًا زدت في الكلام لغير ضرورةٍ؛ ليقومَ الخلافُ فيه بإعادة الإشارةِ في قوله: (ولم يحرِّمُوها لذلك) إليه تحقيقًا لموضعِ الخلاف[2].

قال: (ويذبحُ ما ٱستأنسَ من الصيدِ ويجرحُ ما ٱستوحشَ من النعم).

أمَّا الأولُ فللقدرة عليه؛ لأنَّ الأصلَ هو الذكاة الٱختياريةُ، وعند ٱستئناس الصيد تصيرُ الذكاة بالذبح مقدورًا عليها فلا يعدلُ عنها إلىٰ بدلِهَا. وأمَّا الثاني فللعجز عن الأصلِ بسببِ التوحُّشِ فيصارُ إلى البدلِ[3].

---

(١) رواه البخاري (٥٤٧٨) ومسلم (١٩٣٠) من حديث أبي ثعلبة الخشني.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٦، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢١٠، و«الهداية» ٤/ ٣٩٨، و«اللباب» ٣/ ٢٢٨.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٢٢٨، و«الهداية» ٤/ ٣٩٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٧، و«اللباب» ٣/ ٢٢٨.

قال: (ويُقطعُ الحلقومُ والمريءُ والودجان ولم نكتفِ بالأولين فقطعُ أكثرهَا مطلقًا كافٍ ويشترط قطعُ أحد الودجين معهما لا الأكثر من كلٍّ منهما).

العروقُ التي تقطعُ في الذكاة أربعةٌ: الحلقوم، والمريءُ والودجان[١].

وقال الكرخيُّ رضي الله عنه[٢]: الذكاةُ في الأوداج وهي أربعةٌ: الحلقومُ، والمريءُ والعرقان اللذان بينهما والأصلُ فيه قولهُ ﷺ: «**أفرِ الأوداجَ بما شئتَ**»[٣] وهو جمعٌ فيتناولُ ثلاثةً وهي المريء والودجان ولا يمكن قطعُهَا إلَّا بقطعِ الحلقومِ فيثبتُ قطعُ الحلقومِ ٱقتضاء، فإنْ قطعَ الأربعةَ فلا خلافَ في حصولِ كمالِ الذكاةِ وإنْ قطعَ الحلقومَ والمريءَ دون الودجين.

قال الشافعي رحمه الله[٤]: الذبحُ، ولا يشترطُ قطعُ الودجين؛ لأنَّ إنهارَ الدمِ، وإزالة الحياةِ حاصلٌ بذلك وهو المقصودُ من الذبحِ.

وقد ذكر صاحب «المنظومة»[٥] رحمه الله في باب مالكٍ رحمه الله أنَّ الإخلالَ بقطع أحدِ هٰذِه العروقِ الأربعةِ لا يجوزُ وتحرمُ به الذبيحةُ، (وهٰذا شاذ)[٦] في مذهبِهِ لم أرَ نصبَ الخلافِ فيه حسنًا.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٥، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٥، و«اللباب» ٣/ ٢٢٦،

(٢) «الاختيار» ٥/ ٤٥٨.

(٣) قال فى الدراية لم أجده. وحديث كل ما أفرى الأوداج ما لم يكن قرض سن أو جر ظفر. أخرجه الطبرانىٰ. «الدراية» ٢/ ٢٠٧.

(٤) «الأم» ٦/ ٢٨٤، و«المهذب» ١/ ٢٥٩، و«الوجيز» ٢/ ٢١٢.

(٥) «المنظومة» لوحة (١٤٢).

(٦) في (ج): (وهو إشارة).

قال ابن بشيرٍ في كتابِ «التنبيه»: وإذا قطعَ /١٢٧أ/ الذابحُ الحلقومَ والمرىء والودجين أكلَ بلا خلافٍ، وإن لم يقطعِ المريءَ فهل يؤكلُ أم لا؟

فيه قولان أشهرهما: جوازُ الأكلِ، وتركُ ٱشتراطِ المريءِ، والشاذُّ منع الأكل. فإن تركَ الأوداجَ جملةً لم يؤكلْ، وإن أتىٰ علىٰ أكثرها فقولان، وإنْ لم يقطع الحلقومَ فالمعروفُ من المذهبِ أنَّه لا يؤكلْ فعلىٰ هٰذا مشهورُ مذهبِهِ موافقٌ لمذهبِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]؛ لأنّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنّ[1] الواجبَ أنْ يأتي بأكثرَ هٰذِه العروقِ مطلقًا أيِّ ثلاثةٍ كانت، ومن صورِ الجوازِ الاكتفاءُ بدون المريءِ الذي هو مذهبهُ فتركتُ الخلاف فيه.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] في الروايةِ التي رجعَ إليه أنه يَشترطُ قطعَ المريء والحلقومِ وأحدِ الودجين.

وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] أنه ٱعتبر الأكثرَ من كلِّ عرقٍ، والقدوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2] جعل قولَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] مع أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]، وحمل الكرخي[3] قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: وإنْ قطعَ أكثرَهَا علىٰ ما قاله محمد[1]، والصحيحُ ما ذكرناه لمحمدٍ أنَّ الأمرَ ورد لفري العروقِ.

وكلٌّ منها أصلٌ بنفسهِ فلا يقومُ غيرهُ مقامَهُ إقامةً أنَّ قطعَ أكثرهِ كقطع كله أقامةً للأكثر مقامَ الكلِّ؛ ولأنَّ المقصودَ حاصلٌ بقطعِ الأكثر؛ لأنَّه يخرجُ بقطعِ الأكثر ما يخرجُ بقطعِ الكلِّ.

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٩، و«الهداية» ٤/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٨، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٧.

(٢) «الكتاب» ٣/ ٢٢٦.

(٣) «الاختيار» ٥/ ٤٥٨.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١] أنَّ كلَّ واحدٍ منها يقصدُ بقطعهِ غير ما يقصدُ بقطعِ الآخر، فالحلقومُ مجرى النفسِ، والمريءُ مجرى الطعام، والودجان مجرى الدمِ، فإذا قطعَ أحدَ الودجين حصلَ المقصودُ بقطعهما، وإذا تركَ الحلقومَ والمريءَ لم يحصل المقصودَ من قطعهِ بقطعِ غيرهِ.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[١] أنَّ الأكثرَ كلٌ حكميٌّ فبقطع أي ثلاث كان حصلَ قطعُ الأكثرِ، ولأن المقصودَ يحصلُ بذلك وهو إنهارُ الدَّمِ والتسببُ إلىٰ إزهاقِ الروح لعدمِ الحياةِ بعد قطع مجرى النفسِ، والطعامُ والدم يجري بقطعِ أحدِ الودجينِ فيكتفي به تحرُّزًا عن زيادةِ التعذيب.

قال: (ويجوزُ بما أنهرَ الدَّمَ الإ السن والظفرَ القائمين).

لقوله ﷺ: « **أفرِ الأوداجَ بما شئت فكلْ** »[٢]، وقوله ﷺ: « **كلُّ ما أنهرَ الدَّمَ وأفرى الأوداجَ ما خلا السنَّ والظفرَ فإنها مدى الحبشة** »[٣]، والحبشةُ كانوا يذبحون بهما قائمين، ولأنَّ القتل بهما قائمين حاصلٌ بقوةِ الذابح وثقلِهِ فأشبَهَ المنخنقةَ[٤].

---

(١) «الهداية» ٤/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٨، و«درر الحكام»١/ ٢٧٧، و«اللباب» ٣/ ٢٢٦.

(٢) سبق تخريجة.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٨٦: هو ملفق من حديثين.
فقد روى البخاري برقم (٢٤٨٨) مسلم برقم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي في سفر، فقال رسول الله ﷺ، ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه فكلوا، ما لم يكن سنا أو ظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم. وأما الظفر فمدى الحبشة. الحديث الثاني رواه ابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٩ من حديث ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج مرفوعًا بلفظ: كل ما أفرى الأوداج إلَّا سنًّا أو ظفرًا.

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٠٨-٢٠٩، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٥، و«اللباب» ٣/ ٢٢٧.

قال: (نجيزهُ بهما منزوعين ويكره).

إذا ذبحَ بسنٍّ أو ظفرٍ أو قرنٍ أو عظمٍ منزوعٍ لا يجوز عند الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[(١)]؛ لأنها ميتةٌ عنده، ولقوله ﷺ: «**كلُّ ما أنهرَ الدَّمَ وأفرى الأوداجَ ما خلا السنَّ والظفر والعظمَ فإنها مدي الحبشةِ**»[(٢)]، أي: كلُّ ما ذبحَ بما أنهرَ الدَّمَ. قاله من غيرِ فصلٍ بين المنزوعِ وغيره، ولأنَّه فعلٌ غيرُ مشروعٍ فلا يكون ذكاةً، كما لو ذبحَ بها غيرَ منزوعةٍ، وعندنا هذا الفعلُ يكره إذا كانت منزوعةً؛ لاستلزامِهِ تركَ المندوبِ إليه[(٣)]؛ لقوله ﷺ: «**إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحَ وليحدَّ أحدُكم شفرتَهُ وليرح ذبيحتَهُ**»[(٤)]، ومع ذلك فتجوزُ الذبيحةُ ولا تحرم؛ لقوله ﷺ: «**أفرِ الأوداجَ بما شئت**»[(٥)]، وما رواه محمولٌ علىٰ ما إذا كانت غيرَ منزوعةٍ؛ لأن الحبشةَ كانوا يذبحون بها غيرَ منزوعةٍ ولأنها حالةَ الذبحِ[(٦)] آلةٌ جارحةٌ يحصلُ بها ما هو المقصودُ، وهو إخراجُ الدَّمِ المسفوحِ عن الحيوانِ فيجوزُ كما لو ذبحَ بحجرٍ محدَّدٍ أو ليطةٍ، بخلاف غيرِ المنزوعِ؛ لإمكانِ الموتِ والثقلِ فتشبه المنخنقة[(٧)].

---

(١) «الأم» ٦/ ٢٨٢، و«المهذب» ١/ ٢٥٩، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٦، و«غاية البيان» ٣/ ٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٢٢٧، و«الهداية» ٤/ ٣٩٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٩، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٧.

(٤) رواه مسلم برقم (١٩٥٥) من حديث شداد بن أوس.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) في (ب): (النزع).

(٧) «المبسوط» ١١/ ٢٢٧، و«الهداية» ٤/ ٣٩٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٩، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٧، و«اللباب» ٣/ ٢٢٧.

قال: (ويستحب أن يحدَّ شفرتهُ).

لما روينا، وروي أنه ﷺ رأىٰ رجلًا أضجعَ شاةً وأخذ يحدُّ شفرتَهُ، فقال ﷺ: « **هلَّا حددتها قبلَ أنْ تضجعَهَا** »[(١)][(٢)].

قال: (ويكره أن يبلغَ بها النخاعَ أو يقطعَ الرأسَ أو يبتدئَ من القفا وهي حيَّةٌ إلىٰ قطعِ العروق).

النخاعُ عرقٌ أبيضُ في عظمِ الرقبةِ؛ لأنه ﷺ نهىٰ أن تنخعَ الشاةُ إذا ذبحت، وفسر بما ذكرناه، وفي قطع الرأسِ زيادةُ تعذيبِ الحيوان من غير فائدة فيكره ويحل الأكلُ؛ لوجود المقصودِ، وأما إذا ٱبتدأ الذبحَ من القفا فإنْ ماتت قبل قطعِ العروق فهي ميتةٌ لوجودِ الموتِ بدون الذكاة، وإنْ دامَ حياتها إلىٰ أن قطع العروقَ حلتْ؛ لأنها ماتتْ بالذكاةِ كما لو جرحَهَا ثم ذبحها[(٣)] لكنهُ يكره ذلك؛ لما فيه من تعذيبِ الحيوانِ من غير فائدةٍ[(٤)].

قال: (والجنين الميت لا يؤكل، وقالا: إن تم خلقهُ أكل).

لقوله ﷺ: « **ذكاة الجنين ذكاةُ أمِّه** »[(٥)]؛ ولأنَّه جزءُ /١٢٧ب/ أمِّه متصلٌ

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٢٦، و«الهداية» ٤/ ٣٩٧، و«الاختيار» ٥/ ٤٥٩.

(٢) رواه الحاكم ٤/ ٢٣١ من حديث ابن عباس وقال: هٰذا حديث صحيح علىٰ شرط البخاري ولم يخرجاه. وصححه الألباني في «الصحيحة» (٢٤).

(٣) في (ج): (قطعها).

(٤) «الهداية» ٤/ ٣٩٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٠، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٧، و«اللباب» ٣/ ٢٢٧.

(٥) رواه أبو داود (٢٨٢٧) والترمذي (١٤٧٦) من حديث أبي سعيد الخدري وقال: حديث حسن صحيح. وحسنه المنذري «مختصر سنن أبي داود» ٤/ ١٢٠ والحديث صححه الألباني. ٱنظر: «صحيح أبي داود» ٨/ ١٧٥-١٧٦ (٢٥١٦).

بها يتغذىٰ بغذائها ويتنفس بنفسِها ويتبعها في بيعها واعتاقها فيتذكىٰ بذكاتها كسائر أجزائها[(١)].

وله[(١)]: أنَّه حيوانٌ منفردٌ بنفسِهِ حتىٰ يتصورَ حياتُهُ بعدَ موتِ أمِّه فينفردُ بالذكاةِ؛ ولهٰذا يعتقُ بإعتاقٍ مفردٍ وتجبُ فيه غرةٌ وتصحُّ الوصيةُ به وله، ولأنَّه حيوان دموي لم يخرجْ دمُهُ فأشبَهَ المنخنقةَ؛ ولأنَّه يحتملُ أنَّه ماتَ قبلَ ذبحِ أمِّهِ، ويحتملُ أنَّه بذبحِها (مات)[(٢)] فلا يحل بالشكِّ، وما روياه روي بالنصب بنزع الخافضِ أي كذكاةِ أمِّهِ فتكون دلالة تساويهما في الذبح؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ يَنظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ ٱلْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ ٱلْمَوْتِ ﴾ [محمد: ٢٠]، وروي بالرفعِ فيحمل التشبيه أيضًا كقوله: ﴿ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ ﴾ [آل عمران: ١٣٣] فيحتملُ عليه توفيقًا[(٣)] وقد كرهَ أبو حنيفة ﷺ ذبح الشاة الحامل القريبة الولادة لما فيه من إضاعة ولدها، ولا يكرهُ عندهما[(٤)]؛ لأنَّه مأكولٌ عندهما.

قال: (وإذا ذبحَ غيرَ مأكولٍ طهرَ لحمُهُ وجلدُهُ إلَّا المحترمُ ونجسُ العينِ).

أما طهارة اللحم وجلده فإنَّ أثرَ الذكاةِ في إزالةِ الرطوباتِ والدماءِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٦-٢٢٨، و«المبسوط» ١١/ ٥-٨، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٠، و«اللباب» ٣/ ٢٢٨-٢٢٩.

(٢) من (ب).

(٣) في (ج): (توقيفًا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٦-٢٢٨، و«المبسوط» ١١/ ٨١٥، «الهداية» ٤/ ٣٩٦، و«وسائل الأسلاف» ٤٠٩-٤١٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٠، و«اللباب» ٣/ ٢٢٨-٢٢٩..

السيالةِ المنجسةِ للحمِ لا نفس اللحمِ والجلدِ فيطهرُ لزوالِ المنجسِ، كما في الدباغ، وأما المحترمُ فهو الآدميُّ ونجسُ العين الخنزيرُ فلا تعملُ فيهما الذكاةُ شيئًا؛ لكرامةِ الآدمي وإهانةِ الخنزير، كما لا تعمل الدباغُ في جلدهما[1].

ولو ذبحَ شاةً مريضةً فلم يتحركْ منها شيءٌ إلَّا فمُها. قال محمد بن سلمةَ: إن فتحتْ فاهَا وعينها ومدَّت رجلَها ونامَ[2] شعرُها لم تؤكلْ، وإن كانت على العكسِ أُكِلَتْ[3].

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٢٥٥، و«الهداية» ٤/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٦١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٦-١٩٧، و«اللباب» ٣/ ٢٣٠-٢٣١.

(٢) في (ب): (قام).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٦-١٩٧.

فصل فيما يحرمُ أكلُهُ

قال: (ويحرمُ كلُّ ذي مخلبٍ من الطير ونابٍ من السباع).

لأنَّه ﷺ نهىٰ عن أكلِ كلِّ ذي مخلبٍ وأكلِ كلِّ ذي نابٍ من السباع[1]، وقوله: (من السباع) عقيبَ ذكرِ النوعين راجعٌ إليهما فيثبت الحكمُ فيما له مخلبٌ ونابٌ من السباع والطير والبهائمِ دون غيرهما، والسبعُ كل جارح قتالٍ منتهبٍ متعدٍ عادة كالأسدِ والفهدِ والنمرِ والذئب والثعلب والدبِّ والفيلِ والقرد واليربوع وابن عرسٍ والسنورِ البريِّ والأهلي، وذو المخلب من الطير الصقرِ والبازيِّ والنسرِ والعُقابِ والشاهينِ والحدأةِ[2].

وقال أبو حنيفةَ رضي الله عنه[3]: الدلقُ[4] والسنجابُ والفنكُ[5] والسمورُ[6] وما شابَهها سبعٌ، ولا يؤكلُ ابن عرسٍ؛ لأنَّه ذاتُ أنيابٍ فدخلَ تحتَ النصِّ. وفي الحديث نهىٰ عن أكلِ الخطفةِ والنهبةِ والمجثمةِ، فالخطفةُ: التي تختطفُ في الهواء كالبازيِّ ونحوهِ. والنهبة: التي تنتهبُ

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٣٠) كتاب الصيد والذبائح، باب أكل كل ذي ناب من السباع، ومسلم (١٩٣٢) باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٩٩، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٦، و«اللباب» ٣/ ٢٢٩.

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٩٦، و«الاختيار» ٥/ ٤٦١، و«درر الحكام» ١/ ٢٨٠، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٦.

(٤) الدلق: دويبة نحو الهرة طويلة الظهر يُعمل منها الفرو فارسىٰ معرب. «الصحاح» ص٣٥١ مادة دلق، و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٩٤ مادة دلق،

(٥) الفنك: نوع من جراء الثعلب التركىٰ فروته من أجود أنواع الفراء. «المصباح المنير» ص ٢٨٦ مادة فنك، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٠٣ مادة فنك.

(٦) السمور: حيوان ثدبي ليلي من أكلات اللحوم. يتخذ من جلده فرو ثمين، ويقطن شمال آسيا. «المعجم الوسيط» ١/ ٤٤٨ مادة سمر.

على الأرض كالذئبِ والكلب. والمجثمةُ روي بالفتح والكسر فالفتحُ: كلُّ صيدٍ جثمَ عليه الكلبُ حتىٰ ماتَ غمًّا. وبالكسر: كلُّ حيوانٍ من عادتِهِ أن يجثمَ على الصيد كالذئب والكلب، وإنما حرِّمتْ هٰذِه الأشياءُ تشريفًا لبني آدمَ وتعظيمًا لهم؛ كي لا يتعدىٰ إلىٰ أخلاقِهم شيءٌ من أخلاق هٰذِه بواسطةِ التغذي من لحومِها.

قال: (والحشرات كلُّها).

كلُّ ما ليس له دمٌ سائلٌ حرامٌ إلَّا الجرادَ وهٰذا مثل الذباب والزنابير والعقارب وسائر هوامِ الأرضِ وما يدبُّ عليها. وما يسكن تحتها، وهي الحشرات كالفأرة والوزغةِ واليربوعِ والقنفذِ والحيَّةِ ونحوها، ووجه الحرمةِ أنها من الخبائث فتحرمُ[(١)] بقوله تعالىٰ: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧]

قال: (والحمرُ الأهليةُ والبغالُ وكذا الخيلُ).

لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ [النحل: ٨] أمتنَّ تبارك وتعالىٰ بها، ولو كانت تؤكلُ لذكرَ ذلك فإنَّ نعمةَ الأكلِ فوقَ نعمةِ الركوبِ والزينةِ. وعن عليٍّ وابن عمرَ رضي الله عنهما أنَّ النبيَّ نهىٰ يومَ خيبرَ عن لحومِ الحمرِ الأهليةِ وعن متعةِ النساء[(٢)].

---

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢١٣، و«الهداية» ٤/ ٤٠٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٢، و«اللباب» ٣/ ٢٣٠.

(٢) حديث علي رواه البخاري (٤٢١٦) ومسلم (١٤٠٧) أما حديث ابن عمر فرواه البخاري برقم (٤٢١٥) ومسلم (٥٦١) بلفظ: نهىٰ رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر الأهلية.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ[١] رحمهما الله: أكلُ لحمِ الخيلِ جائزٌ؛ لما روي عن أنسٍ رضي الله عنه[٢] قال: أكلْنَا لحمَ فرسٍ علىٰ عهدِ رسول الله ﷺ[٣].

وروي أنَّه ﷺ نهىٰ يومَ خيبرَ عن أكلِ لحومِ الحمرِ الأهليةِ وأذنَ في الخيل[٤]، وله ما تلونا؛ ولرواية خالد بن الوليد[٥] نهىٰ ﷺ عن أكلِ لحومِ الخيل والبغالِ والحمر الأهلية[٦].

وروى المقدامُ بن معدي[٧] أن النبي ﷺ قال: **«حرامٌ عليكم الحمرُ الأهليةُ وخيلُها وبغالها، وكلُّ ذي نابٍ من السباع، وكلُّ ذي مخلبٍ من**

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩، و«المبسوط» ١١/ ٢٣٢، و«الهداية» ٤/ ٤٠٠، و«وسائل الأسلاف» ٤١٣-٤١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٥، و«اللباب» ٣/ ٢٣٠.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) لم أجده من حديث أنس، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٩٩.

(٤) رواه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١).

(٥) خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومي أبو سليمان، سماه الرسول ﷺ: (سيف الله)، كان أحد أشراف قريش في الجاهلية، وقائد خيلهم، وشهد مع الكفار حروبهم ضد المسلمين إلىٰ عمرة الحديبية، وأسلم سنة سبع بعد خيبر، وقيل: قبلها. وهو من أشهر قادة الجيوش عند المسلمين. توفي سنة (٢١هـ).
أنظر: «الاستيعاب» ٢/ ١١، و«الإصابة» ١/ ٤١٣.

(٦) رواه أبو داود (٣٧٩١)، والنسائي ٧/ ٢٠٢، وابن ماجه (٣١٩٨)، وأحمد ٤/ ٨٩.

(٧) المقدام بن معدي كرب بن عمرو بن يزيد بن معدي كرب بن سلمة ويقال بن نشيط بن عبد الله بن وهب بن ربيعة بن الحارث بن معاوية بن ثور أبو كريمة وقيل أبو يحيىٰ سنان صاحب رسول الله ﷺ نزل الشام وسكن حمص روىٰ عن النبي ﷺ .
ذكره محمد بن سعد في الطبقة الرابعة وقال مات بالشام سنة سبع وثمانين وهو بن إحدىٰ وتسعين سنة ويقال مات سنة ثمان وثمانين وقيل سنة ثلاث وثمانين روىٰ له الجماعة سوىٰ مسلم.
«تهذيب الكمال» ٨/ ٤٥٩، و«الكاشف» ٢/ ٢٩٠.

الطير»[١]؛ ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكلُ فلا يؤكلُ الفرسُ؛ لأن أكل النتاجِ يعتبرُ بأمهِ فإنَّ الحمارَ الوحشيَّ لو نزا على الأتان الأهليةِ لا يؤكلُ فكذا هٰذا[٢].

قال: (ويكرهُ الرخمُ والبغاث والغرابُ).

لأنها تأكل الجيف فالتحقت بالخبائث، والمراد هو الغراب /١٢٨أ/ وكذلك الغراب[٣].

قال: (ويجوز غرابُ الزرع والأرنبُ والجرادُ).

غرابُ الزرعِ يخالف الغراب في صغر الجثةِ، وأنَّه (يُدخرُ)[٤] في المنازلِ، ويألف كالحمامِ ويطيرُ ويرجعُ. روي ذلك عن أبي يوسف[٥]، وأما الأرنبُ[٦]، فلما روىٰ عمَّار بن ياسر رضي الله عنه[٧] قال: أهدي لرسول الله ﷺ أرنبةٌ مشويةٌ فقال لأصحابه: «**كلوا**»[٨]، وأمَّا الجرادُ[٩]؛ فلقوله ﷺ: «**أحلت لنا ميتتان ودمان؛ أمَّا الميتتانِ فالسمكُ والجرادُ، وأما الدَّمانِ**

---

(١) رواه أبو داود (٣٨٠٤)، وأحمد ٤/ ١٣٠-١٣١ بنحوه وليس فيه تحريم الخيل والبغال.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩، و«المبسوط» ١١/ ٢٣٣، و«الهداية» ٤/ ٤٠٠، و«وسائل الأسلاف» ٤١٣-٤١٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٢.

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٥، و«اللباب» ٣/ ٢٩٩.

(٤) في (ب): (يدجِّن).

(٥) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٣، و«اللباب» ٣/ ٢٩٩.

(٦) «المبسوط» ١١/ ٢٣٠، و«درر الحكام» ١/ ٢٨١، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٧.

(٧) عمَّار بن ياسر بن عمار بن مالك العنسي المخزومي أبو اليقطان المكي، صحابي جليل عابد ورع، شجاع من كبار السابقين البدريين والمعذبين بمكة، وفضله ومناقبه وثناء الأئمة عليه كثير، قتل في صفين سنة ٣٧هـ.
انظر: «الحلية» ١/ ١٣٩، و«تاريخ بغداد» ١/ ١٥٠، و«سير أعلام النبلاء» ١/ ٤٠٦.

(٨) رواه أحمد ١/ ٣١، والطيالسي في «مسنده» ١/ ٤٩ (٤٤).

(٩) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢١٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٩.

فالكبدُ والطحالُ»[١]، وسواء مات بحتف أنفه أو بآفة لإطلاق النَّصِّ.

قال: (ونحرمُ الضبُّ والضبعُ و(الثعلبُ)[٢]).

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: يحلُّ لما روي أن جابرًا سئلَ عن الضبع أصيدٌ هو؟ قال: نعم. قيل: أحلالٌ هو؟ قال: نعم. قيل عن رسول الله ﷺ؟ قال: نعم[٤].

ولنا: نهيهُ ﷺ عن حلِّ أكلِ كلِّ ذي نابٍ من السباع والضبع والثعلب من سباع البرِّ، وما روي عن جابرٍ منسوخٌ[٥].

قال: (ولا نحلُّ من حيوانِ الماءِ إلَّا السمكَ والمارماهي والجريثَ).

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٦]: جميعُ حيوانِ البحرِ حلالٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] من غير فصل، وقولهُ ﷺ في البحر: «**هو الطهورُ ماؤه والحلُّ ميتتُهُ**»[٧]؛ ولأنَّ المحرمَ هو ٱختلاطُ الدِّمِ المسفوح باللحمِ، ولا دمَ لحيوان الماء وإلَّا ٱمتنعَ سكناه فيه ٱعتبارًا بالسمكِ، وعندنا[٨] لا يؤكل منها إلَّا السمكُ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَيُحَرِّمُ

---

(١) رواه ابن ماجه (٣٣١٤)، وأحمد ٢/ ٩٧ وصححه الألبانىٰ فى الأرواء.

(٢) من (ب).

(٣) «الأم» ٦/ ٢٨٥-٢٨٦، و«المهذب» ١/ ٢٥٤، و«الوجيز» ٢/ ٢١٥.

(٤) رواه أبو داود (٣٨٠١)، والترمذي (٥٨١)، والنسائي ٥/ ١٩١، وابن ماجه (٣٠٨٥). وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٥) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢١٠، و«المبسوط» ١١/ ٢٣١-٢٣٢.

(٦) «الأم» ٦/ ٢٨٣، و«المهذب» ١/ ٢٥٧، و«غاية البيان» ٣١٧.

(٧) رواه أبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي ١/ ١٧٦، وابن ماجه (٣٨٦).

(٨) «مختصر الطحاوي» ٢٩٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢١٥، و«المبسوط» ١١/ ٢٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«اللباب» ٣/ ٢٣١.

عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وما سوى السمكِ خبيثُ لاستخباث الطباع السليمة إياها ، إلَّا السمكَ ولأنَّهُ ﷺ نهىٰ عن دواءٍ يتخذُ فيه الضفدعُ، ونهىٰ عن بيعِ السرطانِ، والخلافُ في البيع والأكلِ واحدٌ، والمرادُ بالصيدِ في الآيةِ الأصطياد وأنَّه مباحٌ؛ لما يُؤكل وما لا يُؤكل، والمراد بأكلِ ميتة السمك وهو مستثنىٰ بما رويناه من قبلٍ، فيتناول جميعَ أنواعهِ ومنها: الجريثُ[١] والمارماهي فيدخل في الأستثناءِ[٢].

قال: (ويكره الطافي منه).

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: لا يكرهُ لما مرَّ.

ولنا[٤]: ما روي عن جابرٍ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**ما لفظهُ البحرُ فكلْ، وما نضب عنه الماءُ فكلْ، وماطفا فلا تأكلْ**»[٥]، و(أمَّا)[٦] صيدُ البحر ، ما لفظهُ البحرُ ليكون موتُهُ مضافًا إلىٰ لفظِ البحرِ لا ما مات فيه من غيرِ آفةٍ، والله أعلم[٧].

---

(١) الجريث: بالتشديد ضرب من السمك . «الصحاح» ص ١٦٣ مادة جرث.

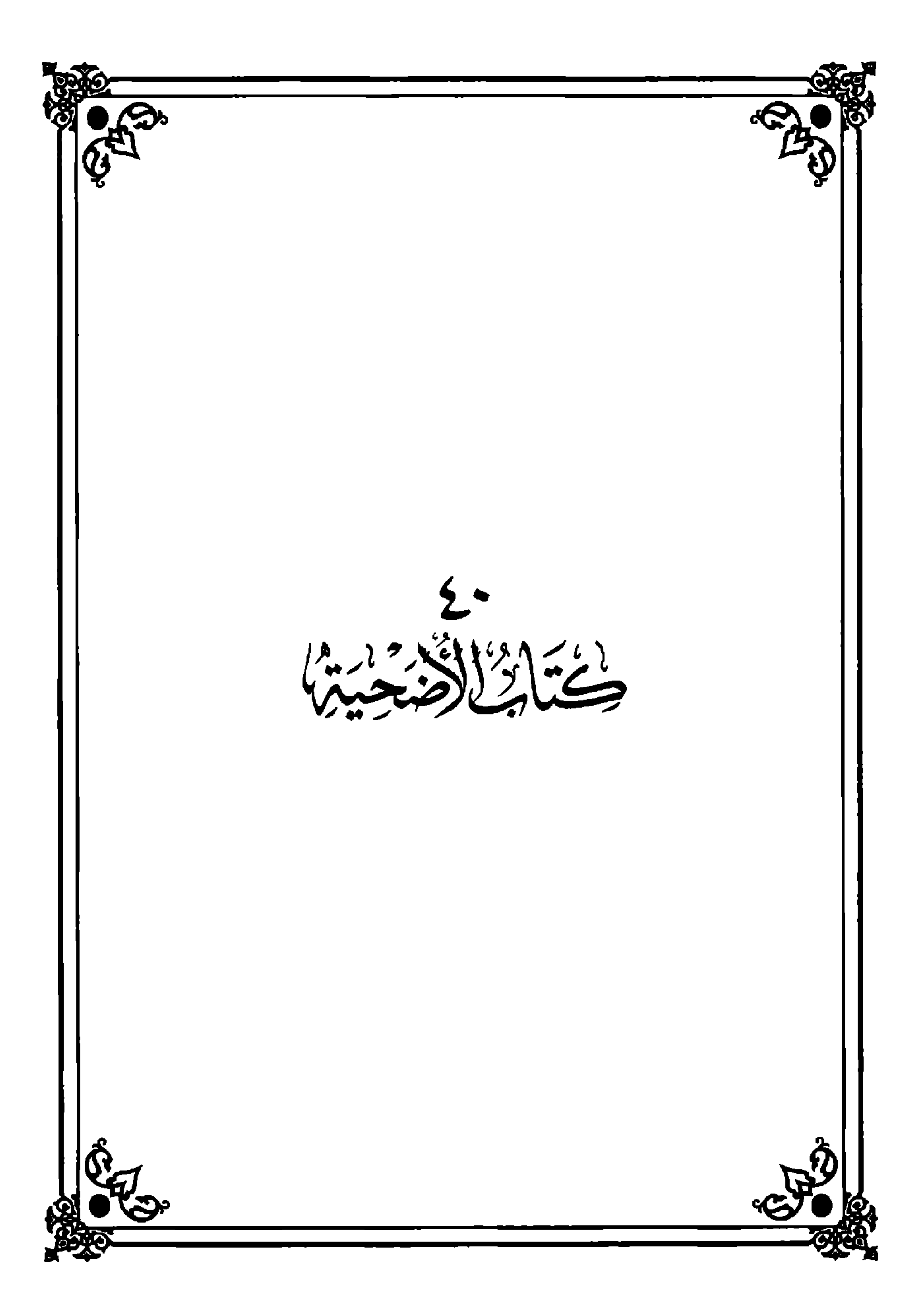
(٢) «مختصر الطحاوي» ٢٩٩، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢١٥، و«المبسوط» ١١/ ٢٢٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٠١، و«الهداية» ٤/ ٤٠١-٤٠٢، و«الاختيار»٥/ ٤٦٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٨٠-٢٨١، و«اللباب» ٣/ ٢٣١.

(٣) «الأم» ٢٨٣، و«المهذب» ١/ ٢٥٧، و«غاية البيان» ٣١٧.

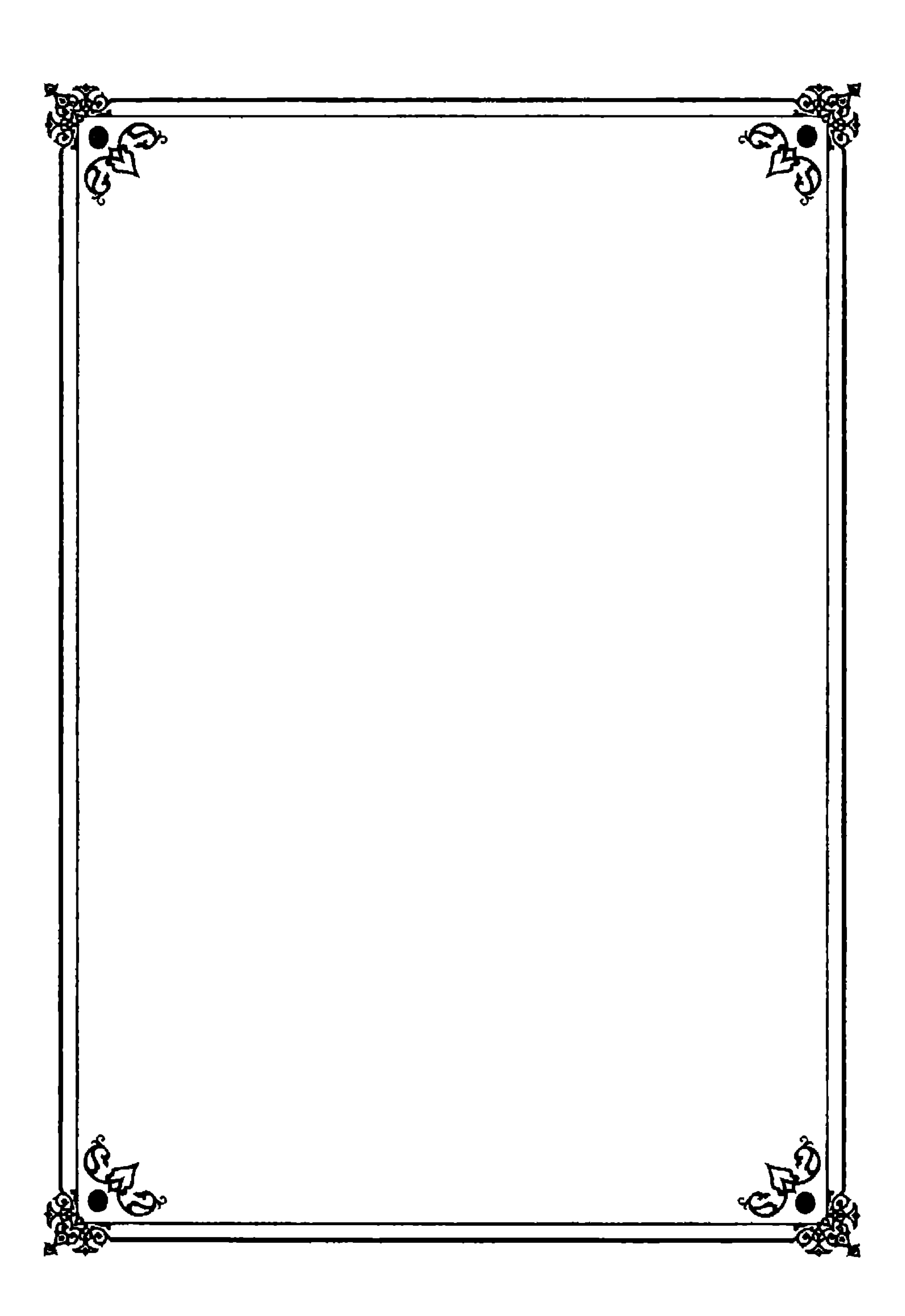
(٤) «المبسوط» ١١/ ٢٢٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠١-٤٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٤، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٣، و«اللباب» ٣/ ٢٣١.

(٥) رواه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧). (٦) من (ب).

(٧) «المبسوط» ١١/ ٢٢٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠١-٤٠٢، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٤، و«عقود الجواهر المنيفة» ٢/ ٦٩-٧٠، و«اللباب» ٣/ ٢٣١.



٤٠
كِتَابُ الأُضْحِيَةِ



كتابُ الأضحيةِ(١)

قال: (ونوجبُها علىٰ كلِّ مسلمٍ حرٍّ موسرٍ مقيمٍ شاةً، وفي وجوبها عن ولدِه الصغيرِ روايتان، وتجبُ في مالهِ في الأصحِّ).

الأضحيةُ(٢): اسمُ لما يذبحُ أيام النحرِ بنيةِ القربةِ لله تعالىٰ، وكذلك الضحيةُ والأضحاةُ. قال ﷺ: « **علىٰ كلِّ أهلِ بيتٍ في كلِّ عامٍ أضحاةٌ وعتيرةٌ** »(٣)، فالأضحاةُ: ما يذبحُ أيامَ النحرِ، والعتيرة شاةٌ كانت تذبح للصنم في رجب فنسخت، وبقيت الأضحيةُ. قال ﷺ: « **نسختِ الأضحيةُ كلَّ دمٍ قبلها ونسخ رمضانُ كلَّ صومٍ قبلَه** »(٤) وهو من أضحىٰ يُضحي دخلَ في الضحىٰ؛ لأنَّها تذبحُ وقتَ الضحىٰ فسميت باسم وقتها، كصدقةِ الفطرِ والصلواتِ الخمسِ. والوجوبُ مذهبنا(٥)، وعن أبي يوسف رحمه الله(٦) أنها سنةٌ، وهو مذهبُ الشافعيِّ رحمه الله(٧)، وذكر

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر وهو تحقق الذبح فىٰ كل واحد منهما. «المستجمع شرح المجمع».

(٢) الأضحية لغة: جمع ضحايا مثل عطية عطايا، وهي ذبح الأضحية وقت الضحىٰ أو هي شاة تذبح يوم الأضحىٰ وفي أي وقت من أيام التشريق.
«المصباح المنير» ٢١٤ مادة ضحىٰ، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٣٥ مادة ضحا.

(٣) رواه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥٢٨)، وابن ماجه (٣١٢٥) وقال أبو داود: العتيرة منسوخة، هٰذا خبر منسوخ.

(٤) أخرجه الدارقطني: قال البيهقى أسناده ضعيف. ينظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠، «مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٠، «المبسوط» ١٢/ ٨.

(٦) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٨٦، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٥.

(٧) «الأم» ٦/ ٢٨٤، و«المهذب» ١/ ٢٤٤، و«الوجيز» ٢/ ٢١١، و«غاية البيان» ٣١٥.

الطحاويُّ ﵀[1] أنها واجبةٌ عند أبي حنيفة ﵀ وسنةٌ عندهما[1] وهٰذا ٱختيارُ رضيِّ الدين النيسابوري ﵀[2].

وجه السنية قوله ﷺ: «**ثلاثة كُتبتْ عليّ ولم تكتبْ عليكم الوتر والضحىٰ والأضحىٰ**» وفي رواية: «**هي لكم سنةٌ**»[3]. وعن أبي بكر وعمرَ رحمهما الله أنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يراها الناسُ واجبةً، ولأنها لو كانت واجبةً لما تفاوتَ الحالُ بين المسافرِ والمقيمِ: كصدقةِ الفطرِ والزكاةِ فإنَّ الواجبات الماليةِ لا يؤثرُ السفرُ فيها[4].

ووجهُ الوجوبِ قوله تعالىٰ: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] أمرَ بنحرٍ مقرون بالصلاة، وليس إلَّا الأضحية، وقولهُ ﷺ: «**ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم صلوات الله عليه**»[5]، أي: طريقته والأمرُ للوجوب. وقوله ﷺ: «**من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا**» علق الوعيد بترك الأضحية فهو دليلُ الوجوب؛ ولأنَّ الإضافةَ دليلُ الاختصاصِ ولا تصحُّ الإضافةُ إذا خلا الوقت عنها ولا وجودَ إلَّا بالوجوب فيجب تصحيحًا لهٰذه الإضافةِ، وكما في يوم الفطرِ وصدقةِ الفطرِ، ونفي الكتابةِ فيما رواه نفيٌ للفرضية، إذ المرادُ من الكتابة الفرضُ قال تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠. (٢) تقدمت ترجمته.

(٣) أخرجه أحمد في المسند، والدار قطنىٰ، وقال الذهبىٰ: غريب منكر. قال الحافظ بن حجر في التلخيص ٢/ ١٨ (٥٣٠): أطلق الأئمة علىٰ هٰذا الحديث الضعف.

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٨-٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٥، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧.

(٥) لم أجده بهٰذا اللفظ، وروى ابن ماجه (٣١٢٧)، وأحمد ٤/ ٣٦٨، والحاكم ٢/ ٣٨٩ عن زيد بن أرقم قال: قلنا يا رسول الله ما هٰذه الأضاحي؟ قال: «**سنة أبيكم إبراهيم**».

عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣] أي: فرضًا مؤقتًا، وسميت المفروضاتُ مكتوباتُ فلا تنافي؛ لأنا نثبتُ الوجوبَ دونَ الفرضيةِ. ويحمل قوله ﷺ: «وهي لكم سنةٌ» علىٰ ثبوت وجوبها بالسنة، وأبو بكر وعمرُ كانا فقيرين فخافا أن يظنهما الناسُ واجبة على الفقراء علىٰ أنها مسألة مختلفة بين الصحابةِ، فلم يكن قولُ البعضِ حجةً علىٰ (الباقين)[1] /١٢٨ب/ وإنما لم تجب على المسافر، لأنها مختصةٌ بأسبابٍ يشقُّ على المسافر تحصيلُها وتفوتُ بمضيِّ الوقت فلم تجبْ عليه كالجمعةِ بخلاف صدقة الفطرِ والزكاةِ حيث لا تفوتُ بالوقتِ، ويجوز فيهما التأخيرُ ودفعُ القيمةِ وغيرُ ذلك. وعن علي ﷺ: ليس علىٰ مسافرٍ جمعةٌ ولا أضحيةٌ[2]. ولمَّا كانت قربةً وعبادةً ٱشتُرِط لها إسلامُ المضحي واختصت بالحرِّ؛ لأنَّ العبدَ لا يملك شيئًا وبالمقيم لما قلنا، ويستوي فيه المقيمُ بالمصر والقرىٰ والبوادي لكونه مقيمًا، وبالموسرِ لقوله ﷺ: «**لا صدقة إلَّا عن ظهر غنىٰ**»[3]، وحدُّ اليسارِ وهو الغنىٰ المشروط لوجوبِ صدقةِ الفطر[4].

وهل تجب عليه عن أولاده الصغار؟ فيه روايتان: إحداهما روايةُ الحسن عن أبي حنيفةَ[5] أنه يجب عُليه أن يضحِّي عنهم كصدقةِ الفطرِ، وظاهرُ الرواية أنه لا يجبُ عليه عن أولادِه الصغار بخلاف صدقةِ الفطرِ،

---

(١) في (ج): (النافين).

(٢) الذي وجدته عن علي ﷺ في الجمعة فقط ولم أقف علىٰ قوله (ولا أضحية).

(٣) علقه البخاري في كتاب: الوصايا، باب: تأويل قول الله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾، ورواه أحمد ٢/ ٢٣٠.

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٨-٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٧، و«اللباب» ٣/ ٢٣٢.

والفرقُ أنَّ السببَ هناك رأسٌ يمونُه ويلي عليه وهما موجودانِ في الصغير، وهٰذِه قربةٌ محضةٌ، والأصلُ فيما هو قربةٌ أنْ لا يجبَ على الغير بسبب الغير؛ ولهٰذا لا تجبُ عن العبد الأضحيةُ وإن كانت تجب صدقةُ الفطرِ، وأمَّا إذا كان للصغير مالٌ فالأصحُّ أنه يضحَّىٰ عنه من مالِهِ بالاتفاقِ ويأكلُ منه ما أمكنهُ ويُبتاعُ له بالباقي ما ينتفعُ بعينه، وقيل يضحِّي عنه الأبُ أو الوصيُّ من مالِهِ عند أبي حنيفة[١] وأبي يوسف[١] رحمهما الله.

وقال محمدٌ[١] وزفر[١] والشافعي[١] رحمهم الله: يضحِّي من مالِ نفسِهِ لا من مالِ الصغيرِ، والخلافُ في الأضحيةِ نظيرُ الخلافِ في صدقةِ الفطر، وقيل: لا تجوزُ التضحيةُ من مالِ الصغير في قولهم جميعًا؛ لأنَّ القربىٰ تتأدىٰ بالإراقةِ، والصدقةُ بعده تطوعٌ فلا يجوز ذلك من مالِ الصغير، والصغيرُ لا يمكنهُ أنْ يأكلَ كلَّ الأضحية، والأصحُّ ما ذكرناه آنفًا، ذكره القدوريُّ رَحِمَهُ اللهُ[٢]، وهٰذِه وما قبلها من الروايتينِ من الزوائد.

وأقل ما يضحىٰ به شاةٌ لأنه أدنى الدم كما مرَّ في الهدايا[٣].

قال: (وأجازوا البقرة أو البدنة عن سبعةٍ يريدون القربةَ، لا عن أهل بيت مجتمعين مطلقًا).

البقرة والبدنة وتجزئ عن سبعةٍ إذا كانوا من أهلِ القربةِ -أعني: مسلمينَ- وقد سبقَ ٱشتراطُ الإسلام وأن يكونوا يريدونَ القربة وهو زائدٌ، وإطلاق القدوري[٤] رَحِمَهُ اللهُ محمولٌ عليه حتىٰ لو أراد أَحدُ السبعةِ بنصيبه، اللحمَ لا القربةَ لا يجزئ واحدًا منهم، لأنَّ الدمَ لا يتجزأ ليكون بعضُه

---

(١) «المجموع» ٨/ ٣١٦. (٢) «الكتاب» ٣/ ٢٣٣.

(٣) «الهداية» ٤/ ٤٠٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٨.

(٤) «الكتاب» ٣/ ٢٣٢-٢٣٣.

قربةً وبعضُه غيرَ قربةٍ فإذا خرجَ البعضُ عن أن يكونَ قربةً خرجَ الكلُّ[١]، والأصلُ في جواز الشركةِ روايةُ جابر رضي الله عنه قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعةٍ والبقرة عن سبعةٍ. وتجزئ عن أقلَّ من سبعةٍ بالطريق الأولىٰ، وهل تجزئ عن أكثرَ من سبعةٍ قال مالك[٢] رحمه الله: تجوز عن أهلِ البيت سبعةً كانوا أو أكثر إذا كانوا مجتمعين (لا متفرقين)[٣] لقوله ﷺ: «علىٰ كل أهلِ بيتٍ في كل عامٍ أضحاةٌ وعتيرة»[٤]؛ لأنَّ البقرة في صورتها شخصٌ واحدٌ (حقيقة)[٥] وهي من حيثُ الضخامة والقيمة كثيرةٌ فتجوزُ عن أهل بيت واحدٍ متحدي الموضعِ وإن تعددوا صورة لاتحادهم معنىٰ باعتبار ٱتحاد موضعهم فلا تجوزُ عن المتفرقينَ ولا عن المتفرقةِ مواضعهم[٢]؛ لأنَّ المزكِّي واحدٌ فتجزئ عن الواحد وعندنا[٦] تجوزُ عن سبعةٍ متفرقين كانوا أو مجتمعين، ولا يجوز عن أكثر؛ لأنَّ القياسَ أن لا تجزئ إلَّا عن واحدٍ لأنه إراقةٌ واحدةٌ إلَّا أنا تركنا القياس بما روينا، وهو مقيدٌ بالسبعة فلا يتعدىٰ مورد الرواية المخالفة للقياس.

قال: (ولو ٱشتراها للأضحيةِ ثم ٱشترك فيها ستة حكمنا بالإجزاء عنهم).

وهٰذا ٱستحسانٌ[٧]، والقياسُ أن لا تجزئه عنه ولا عنهم وهو قولُ

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٢-٢٢٣، و«المبسوط» ١٢/ ١١-١٢، و«الهداية» ٤/ ٤٠٤، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٧.

(٢) «المدونة الكبرىٰ» ٢/ ٢٦٢، و«الكافي» ص١٧٤، و«التلقين» ٢/ ٢٦٢.

(٣) من (ب). (٤) سبق تخريجه. (٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«المبسوط» ١٢/ ١١-١٢، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٦.

(٧) «المبسوط» ١٢/ ١٥، و«الهداية» ٤/ ٤٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٧.

زفر[٢] رحمه الله؛ لأنه أعدَّها للقربة فلا يجوزُ بيعها وفي الشركةِ بيعها، ووجهُ الٱستحسانِ مساسُ الحاجةِ إلىٰ ذلك فإنه قد لا يجدُ إلَّا بقرةً ولا يجدُ شركاءَ فيشتريها ثم يطلبُ شركاءَ من بعد فجوزناه للحاجةِ.

والأولىٰ والأحسنُ أن يطلبَ الشركاءَ من قبل الشراء؛ لئلا يكونَ راجعًا عن القربة في الصورة، وعن أبي حنيفة رحمه الله[١] أنه يكره (ذلك)[٢] بعد الشراءِ. وقيل: لا يُكره الاشتراك وقتَ الشراءِ.

قال: (ويقتسمونها وزنًا).

هٰذِه زائدةٌ أيضًا، فإذا ٱشترك جماعةٌ في بقرةٍ وضحُّوا بها ٱقتسموا اللحمَ بالوزنِ؛ لأنَّ اللحمَ موزونٌ، ولو ٱقسموا جزافًا لم يجز إلَّا إذا كان مع شيءٍ من الأكارع والجلد ٱعتبارًا بالبيع[٣].

قال: (ويختص بالإبل والبقر والغنم).

لما مرَّ في الهدي ولقول الصحابةِ رضي الله عنهم: الضحايا من الإبل والبقرِ والغنمِ. وهو ٱسمٌ للكبار دون الصغار، ويدخل في البقرِ الجاموسُ؛ لأنه من جنسهِ، ويدخل المولودُ بين الأهليِّ الوحشيِّ[٤]، ويتبع الأمَّ لأنها هي الأصلُ في التبعية حتىٰ إذا نزا الذئبُ على الشاةِ ضحِّي بالولد[٥]. /١٢٩أ/

---

(١) «الهداية» ٤/ ٤٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٨، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٦-٢٦٧، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٨.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٨، و«درر الحكام» ١/ ٢٦٧.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«المبسوط» ١٢/ ٩، و«اللباب» ٣/ ٢٣٥.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٤، و«المبسوط» ١٢/ ١٧، و«الهداية» ٤/ ٤٠٨.

قال: (ويجزئ فيها ما يجزئ في الهدي).

يعني الثني من الكلِّ وهو من الغنم ماله سنة، ومن البقرة ما له سنتان، ومن الإبل ماله خمسُ سنين[١].

ولا يجوزُ الجذعُ من الإبل والبقر والمعز[٣]؛ لرواية أبي بردة ﵁ قال: قلت: يا رسول الله ﷺ ضحيتُ قبلَ الصلاةِ وعندي عتودٌ خيرٌ من شاتي لحم أفيجزئني أن أضحي به؟ قال: « **يجزئك ولا يجزئ أحدًا بعدك** »[٢]، والعتودُ من المعز كالجذع من الضأن وهو الذي أتىٰ عليه أكثرُ الحولِ، والقياسُ في الضأنِ هٰذا إلَّا أنَّا تركناه بقوله ﷺ: « **نعم الأضحية الجذع من الضأن** »[٣]، والإطلاقُ يتناولُ السالمَ منها دونَ المعيبِ، وقد سبق ذكرُ ذلك في الهدي، والعيبُ القليلُ معفوٌّ عنه ضرورة أنه لا يخلو عنه الحيوان ففي ٱعتبارهِ حرجٌ، والشقُّ في الأذنِ والوسم قليلٌ لا ٱعتبارَ به.

قال: (ويضحىٰ بالجمآء والخصي والثولاء التي تعتلف والجرباء السمينة).

أما الجمآء[٤] وهي التي لا قرن لها لأنه لا يتعلق به مقصودٌ وكذا مكسورُ القرن، وأما الخصي[١] فلأنَّ لحمَه أطيبُ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«المبسوط» ١٢/ ٩-١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٨، و«اللباب» ٣/ ٢٣٥.

(٢) رواه البخاري (٩٦٥)، ومسلم (١٩٦١).

(٣) رواه الترمذي (١٤٩٩) وقال: حديث غريب.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٣، و«المبسوط» ١٢/ ١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٣، و«اللباب» ٣/ ٢٣٥.

وقد صحَّ أنه ﷺ ضحىٰ بكبشين أملحين موجوأين[١]، وأما الثولاءُ[١] وهي المجنونةُ فتجوز إذا كانت تعتلفُ، وهٰذا القَيدُ زائدٌ، لأنَّ ذلك لا يخل بالمقصود، وأمَّا الجرباءُ[٣] السمينة فمن الزوائدِ أيضًا؛ لأنَّ الجربَ في الجلدِ، ولا نقصانَ في اللحمِ، وإن كانت مهزولةً لم يجز لأن الجربَ أثرٌ في نقصانِ اللحم، والعيوبُ المانعةُ تعتبر وقتَ الشراءِ فإن ٱشتراها سليمةً ثم تعيبتْ بعيب مانع فإن كان غنيًا فعليه غيرها وإن كان فقيرًا تجزئه[٢]؛ لأنَّ الوجوبَ على الغنىٰ بالشرع ٱبتداءً لا بالشراء فلم يتعين بالشراء، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت، ويبتني علىٰ هٰذا ما لو ٱشترى الفقيرُ أضحية فضاعت فاشترىٰ أخرىٰ ثم وجد الأول فعليه أن يضحي بهما جميعًا؛ لأن الوجوبَ على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذرِ عرفًا، والشراء قد تعدد بخلاف الغني، لأنَّ الوجوب عليه بإنجابِ الشرعِ ولم يوجب عليه الشرعُ إلَّا مرةً واحدةً. وذكر الزعفراني أنَّ الفقيرَ إن أوجبَ الثانية إيجابًا مستأنفًا فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجبها بدلًا عن الأولىٰ فله أن يذبحَ أيهما شاء؛ لأنَّ الإيجابَ متحدٌ فاتحد الواجبُ وهٰذا حسنٌ[٣].

قال: (ويأكل منها ويطعم الغني والفقير ويدخر).

لقوله تعالىٰ ﴿ فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ ﴾ [الحج: ٢٨]، ولقوله ﷺ: « **كنت نهيتكم علىٰ أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا** »[٤]،

---

(١) رواه البخاري (٥٥٥٤)، ومسلم (١٩٦٦).

(٢) «المبسوط» ١٢/ ١٦، و«الهداية» ٤/ ٤٠٧-٤٠٨، و«اللباب» ٣/ ٣٢٥.

(٣) «المبسوط» ١٢/ ١٦، و«الهداية» ٤/ ٤٠٧-٤٠٨، و«اللباب» ٣/ ٣٢٥.

(٤) رواه مسلم (١٩٧١).

ومتىٰ جازَ أكلهُ وهو غني جاز أن يطعمَهُ غنيًا آخر(١).

قال: (ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث).

لأنَّ النصوصَ قسمت الأضحيةَ بين الأكلِ والصدقة والادخار فيكون لكل منها الثلث(٢).

قال: (ويتصدق بجلدها أو يستعمل منه آلة أو يشتري به ما ينفع به مع بقاء عينه).

أما الصدقة فلأن الجلد جزؤها وأما أن يعمل منه آلة تستعملُ فيما يفرش وينامُ عليه، أو يعمل منها آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرةِ وغير ذلك؛ لأنَّ الانتفاعَ بالجلد ليس بحرام، وقد روي أنَّ عائشةَ ﵂ اتخذت من جلد أضحيتها سقاءً، وأما الشراءُ وهو من الزوائد، فيجوزُ أن يشتري بالجلد آلة ينتفع بها وعينها باقية كالغربال والمنخل ونحو ذلك، ولا يشتري به ما لا ينتفعُ به إلَّا بالاستهلاكِ كالأباريق(٣) ونحوها؛ لأن المأمورَ أن ينتفع به أو ينتفع ببدله مع بقاء عينهِ ولا يبيعه(٤)؛ لقوله ﷺ: « **من باع جلدَ أضحيته فلا أضحية له** »(٥)، فإنْ باعَهُ بشيءٍ من النقودِ تصدقَ به لفواتِ وقتِ القربي فيتصدقُ به كذا رواه

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«اللباب» ٣/ ٢٣٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«الهداية» ٤/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٠، و«اللباب» ٣/ ٢٣٦، و«درر الحكام» ١/ ٢٧٠.

(٣) في (أ): (كأباريز).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«المبسوط» ١٢/ ١٤-١٥، و«الهداية» ٤/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٠، و«اللباب» ٣/ ٢٣٦.

(٥) رواه الحاكم ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، وعنه البيهقي ٩/ ٢٩٤.

محمدٌ[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهٰذا المرويُّ يفيد كراهةَ البيعِ وإلا فهو جائزٌ؛ لقيامِ الملكِ والقدرةِ على التسليم، ولا يعطي أجرةَ الجزارِ منها[٤]؛ لقوله ﷺ لعليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «**تصدق بجلالها وخطمها ولا تعطِ أجر الجزار منها**»[٢].

والنهي عنه نهي عن البيع أيضًا لأنه في معناه، ويكره أيضًا أن يجزَّ صوفها فينتفع به قبلَ الذبح[٣]؛ لأنه التزمَ القربة بجميع أجزائها بخلافِ ما بعد الذبحِ؛ لأنَّ القربة قد أقيمت بها كما في الهدي، ويكرهُ أن يحلبَ لبنها فينتفع به كما في الصوفِ[٤].

قال: (ويستحب أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن).

لأنها عبادةٌ فإذا فعلها بنفسه كان أولىٰ وأفضلَ[٥].

وروىٰ أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه ﷺ ضحَّىٰ بكبشين أملحينِ يذبحُ ويكبرُ ويسمي، وروىٰ جابر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه ﷺ ضحَّىٰ بكبشين، وقال حين وجههما: «**وجهتُ وجهيَ للذي فطرَ السمواتِ والأرضَ حنيفًا مسلمًا اللهمَّ منك وإليك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر**»[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«الهداية» ٤/ ٤٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٠، و«اللباب» ٣/ ٢٣٦.

(٢) رواه البخاري (١٧١٧)، ومسلم (١٣١٧) بنحوه.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٥، و«المبسوط» ١٢/ ١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩٤، و«الهداية» ٤/ ٤٠٩-٤١٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٣، والسابق.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«المبسوط» ١٢/ ١٨، و«اللباب» ٣/ ٢٣٦.

(٦) رواه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١)، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٣٤٥٧).

وإن لم يحسن الذبحَ فالأولىٰ أن يفوضَ ذلك إلىٰ غيره[1] /١٢٩ب/ فيستحبُ أن يحضرها وإن لم يذبحها؛ لقوله ﷺ: «**يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرةٍ تقطر من دمها إلى الأرض كل ذنب ما أنه يجاءُ بدمها ولحمها فيوضع في ميزانكِ وسبعون ضعفًا**» قال أبو سعيد الخدري ﷺ يا نبي الله هٰذا لآل محمد خاصةً فإنهم أهل لما خصُّوا به من الخيرِ أم لآل محمد وللمسلمين عامةً؟ قال: «**لآل محمد وللمسلمين عامة**»[1].

قال: (ويكره أن يذبحها كتابي).

لأن الكتابي ليسَ من أهل القربةِ ولو أمره بالذبح فذبحه جاز؛ لأنه من أهل الذكاةِ، وقد قامتِ القربةُ بإنابته ونيتِهِ بخلافِ ما لو أمَر المجوسيَّ؛ لأنه ليسَ من أهلِ الذكاةِ فكان ذلك إفسادًا[2].

قال: (ولو غلط كلٌّ منهما فذبحَ أضحيةَ الأخرِ أجزأ عنهما ولا ضمانَ عليهما).

وهٰذا ٱستحسانٌ[3]، والقياسُ وجوبُ الضمان وعدم الإجزاءِ[2]، وأصلُ هٰذِه المسألةِ أنَّ من ذبحَ أضحية غيره بغير أمره لا يحل له ذلك وهو ضامنٌ لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحيةِ قياسًا، وهو قول زفر رحمه الله، وفي الاستحسان يجوز ذلك ولا يضمنه الذابحُ وهو قولنا، وجه القياسِ

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١٩: روي هٰذا الحديث عن عمران بن حصين، ومن حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث علي بن أبي طالب، وحديث أبي سعيد رواه الحاكم ولكن فاطمة هي التي سألت الرسول ﷺ وليس أبو سعيد، ورواه البزار في مسنده، قال الذهبي: فيه عطية وهو واهٍ.

(٢) «المبسوط» ١٢/ ١٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٠، و«الاختيار» ٥/ ٤٧٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٤، و«درر الحكام» ١/ ٢٧١، و«اللباب» ٣/ ٢٣٧.

أنه ذبحَ شاةَ غيره بغير أمره[١] فيضمن كما لو ذبحَ شاة، ٱشتراها القصابُ وإذا ضمنَ لا يجزئه عن الأضحيةِ[٢].

وجه الٱستحسانِ أنه لما ٱشتراها للأضحيةِ تعينت للذبح بتعينها للأضحيةِ حتىٰ وجبَ عليه أن يضحي بها فصار مستعينًا بكلِ من له أهليةُ الذبحِ علىٰ ذبحها، وأذنا له في ذلك دلالة؛ لأنه ربما يعجزُ عن إقامتها لعارضٍ يعرضُ له فصارَ كما إذا ذبحَ شاةً شدَّ القصابُ رجلَها ليذبحَها، وإن كان تفوته المباشرةُ والحضورُ لكن يحصل له تعجيلُ البرِّ وحصول المقصود بما عين من الأضحيةِ فيكون راضيًا بذلك ظاهرًا[٢].

قال: (ولو غصبَ شاة فضحَّىٰ بها ثم أدىٰ ضمانها حكمنا بإجزائها).

إذا غصبَ شاةً فضحَّىٰ بها أدىٰ ضمانها إلىٰ مالكِها أجزأه عن الأضحيةِ، وقال زفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجزئه لعدمِ ملكه فيها وقت التضحية فصار كما لو أعتق الغاصبُ المغصوبَ عن كفارته ثم أدىٰ ضمانه إلىٰ مالكهِ.

ولنا[٢]: أن الملك تثبتُ له فيها وقت الغصبِ إذا أدى الضمانَ فكان ملكهُ ثابتًا فيها وقتَ التضحيةِ حكمًا، وهو كافٍ لجوازِ التضحيةِ بخلاف الإعتاق؛ لأنه وإن كان الملك ثابتًا حكمًا لكنه غيرُ ثابتٍ حقيقة، فكان مالكًا من وجهٍ دون وجهٍ، وذلك لا يكفي لنفاذِ العتق؛ ولهٰذا لا يملكه المكاتبُ لعدم كمالِ الملكِ كذا هٰذا. ولنا أن نمنع عدمَ النفاذِ فقد قال بعضُ أصحابنا رحمهم الله بنفاذ إعتاق الغاصب للعبد المغصوب إذا أدى الضمانَ قياسًا علىٰ ما ذكر هلالَ أن الغاصبَ لو وقف ثم ملكَ بالضمانِ

---

(١) في (ب)، (ج): (إذنه).

(٢) «المبسوط» ١٢/ ١٧-١٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٩١، و«درر الحكام» ١/ ٢٧١.

ما وقفه، وأن ذلك تحرير[1] كالإعتاقِ ذكره رضي الدين رَحِمَهُ اللهُ في الطريقة.

قال: (وتختص بيوم النحر ويومين بعده).

لما روي عن عمرَ وعليٍّ وابن عباس وأنسٍ وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا: أيام النحرِ ثلاثةٌ أفضلها أولها. وطريق هٰذا هو السمعُ فكان كالمروي عن رسول الله ﷺ، وأفضلها يوم النحرِ لما روينا، ولكونه مسارعةً إلى الخيرِ والقربةِ، وأدناها آخرُها لما فيه[2] من تأخير الخير[3]. وإن فاتت هٰذِه الأيامُ ولم يضح، فإن كان فقيرًا أو قد ٱشتراها تصدق بها حيَّةً؛ لأنها غيرُ واجبةٍ على الفقير، فإذا ٱشتراها بنية الأضحيةِ تعينت للوجوب[4]. والإراقةُ إنما تكونُ قربةً في وقتٍ معلوم شرعًا وقد فات فيتصدَّق بعينها[3]، وإن كان غنيًّا تصدقَ بثمنها مطلقًا ٱشتراها أو لم يشترها؛ لأنها واجبةٌ عليه، فإذا فاتَ وقت القربةِ في الأضحيةِ تصدَّقَ بالثمنِ إخراجًا له عن العهدة. (كما قلنا في الجمعةِ إذا فاتتْ يقضي الظهرَ، والفديةُ عند العجزِ عن الصومِ إخراجًا له عن العهدةِ[4]).

قال: (ويدخل وقتَها بطلوع فجر النحر إلَّا أنَّ أهلَ الأمصارِ لا يضحون قبلَ الصلاة).

لقوله ﷺ: « **من ذبح قبلَ الصلاةِ فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاةِ فقد ثمَّ نسكه وأصاب سنة المسلمين** »[5]. وقال ﷺ: « **إنَّ أولَ نسكنا في هٰذا**

---

(١) في (ب): يجزئ. (٢) في (ب): (فيها).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢١٨، و«المبسوط» ١٢/ ٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٨٨، و«اللباب» ٣/ ٢٣٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٢، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٢٨-٢٢٩.

(٥) سبق تخريجه.

اليومِ الصلاةُ ثم الأضحيةُ » وهٰذا الشرطُ مخصوصٌ بمن تجبُ عليه صلاةُ العيدِ[١]، فأمَّا سكان السواد فيجوز لهم التضحية بعد طلوع الفجر، وهٰذا لأنَّ العبادة لا تختلفُ باختلافِ المصرِ وعدمه، لٰكن شرطُها يجوز أن يختلف كما أنَّ الظهرَ يمنعُ من أدائها قبل صلاة الإمام في المصرِ، ولا يمنع منه في السوادِ كذا هٰذا، فإن لم يصل الإمامُ في اليومِ الأول لعذرٍ لا يضحي حتىٰ تزولَ الشمسُ، وفي اليوم الثاني يجوزُ قبلَ صلاةِ العيدِ[٢] وبعده. رواه القدوريُّ[٣] عن محمد[٤] رحمهما الله، ويعتبرُ مكانُ التضحيةِ لا مكان المالكِ كما في الزكاةِ، وعن الحسن أنه يعتبر مكان المالكِ كصدقةِ الفطر، فلو كان بالمصرِ وأهله بالسوادِ جازَ أن يضحوا عنه قبل الصلاةِ، وبالعكس لا يجوز، وعن الحسن خلاف ذلك ويتأكدُ وجوبها آخر أيامِ النحر حتىٰ لو مات قبلها يسقط عنه بخلافِ ما لو مات بعدها، ويجبُ أن يوصي بالتصدق بثمنها، ولو ٱشترى الفقيرُ وضحَّىٰ ثُمَّ أيسر /١٣٠أ/ في أيام النحر، قيل: يعيدُ؛ لأن الٱعتبارَ بآخرِ الوقتِ، وقيل: لا يعيدُ؛ لأنَّ الوجوبَ بطلوعِ الفجرِ أول الأيام (ولو أيسر الفقيرُ في أيامٍ يلزمه التضحية ذكرهُ الناطفي في «أجناسه»، وروي عن أبي حنيفةَ رحمه الله في الموسرِ إذا ولدَ له ولدٌ يضحي عنه، وقيل: لا يلزمه التضحيةُ في المسألتين؛ لأنه لا يلزمه صدقةُ الفطرِ وهو الأصحُّ[٥])[٦]، والله أعلم.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«المبسوط» ١٢/ ١٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٢٨٨.

(٢) السابق.

(٣) «الكتاب» ٣/ ٢٣٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠١، و«المبسوط» ١٢/ ١٠.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٠، و«الهداية» ٤/ ٤٠٣-٤٠٥، و«الاختيار» ٥/ ٤٦٧.

(٦) من (ب).

فهرس الموضوعات والأبواب للمجلد الثامن

* * *